وهو حجة ارطال فالقول قول المشتري في الزق والسمن والثمن لان الاختلاف وقع
في تعيين المقبوض فيعتبر قول القابض اعتبارا بالمودع والغاصب

باب اختلاف البايع والمشتري

رجل اشتري عبدين وقبضهما فمات احدهما فاختلفا في الثمن
قال ابو حنيفة القول قول المشتري مع اليمين الا ان يشا البايع ان ياخذ الحي ولا ياخذ
من ثمن الميت شيا وقال ابو يوسف رحمه الله القول قول المشتري في حصة الهالك
ويتحالفان في الباقي ويترادان وقال محمد رحمه الله يتحالفان عليهما ويرد القايم
وقيمة الهالك اعلم ان التحالف يجري حال قيام السلعة عند التجاحد بالاختلاف في
مقدار الثمن ومتي كانت السلعة هالكة لا يتحالفان عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد والشافعي يتحالفان ويترادان العقد علي القيمة واذا هلك بعضها
وبقي بعضها فالجواب علي الاختلاف الذي ذكرناه انفا وهنا فايدة لا بد من
ذكرها وهي ان المتبايعين متي اختلفا في السلعة بعد هلاكها في يد المشتري
ان تصادقا علي ان البدل كان عينا واختلفا في قدره فانهما يتحالفان علي البدل القايم
ويترادان وان تصادقا ان البدل كان دينا فقد ذكرنا حكمه انفا وان اختلفا في كون
البدل عينا او دينا ان ادعي المشتري انه كان عينا يتحالفان عندهما وان كان البايع
ادعي انه كان عينا وادعي المشتري انه كان دينا لا يتحالفان والقول قول المشتري
رجعنا اليها ذكره في الكتاب وانما يتحالفان اذا كانت السلعة قايمة لقوله عليه
السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة بعينها تحالفا وترادا وهو حجة
لابي حنيفة وابي يوسف ايضا في اشتراط قيام السلعة فلا بد من مراعاة هذا
الشرط لان التحالف بعد القبض علي خلاف القياس لان المشتري لا يدعي علي البايع
شيا وجه قول محمد والشافعي قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول
ما يقول البايع ويترادان وقد اوجب التحالف لانه اوجب التراد وانه لا يجب الا
بتقدير التحالف وما روي مقيدا بحال قيام السلعة لا يلزمنا لانا نعمل باطلاق احدهما
وتقييد الاخر فيوجب التحالف في الحالين وهما يقولان ان الامر بالتراد دليل قيام
السلعة لان تفاعل من الرد وهو الاعادة الي الحالة الاولي وذلك انما يكون حال
قيام السلعة ولا يلزم علي ما قاله محمد والشافعي اذا اختلف المواجر والمستاجر
في

في الاجرة بعد استيفا المنفعة فانه لا يجري فيه التحالف لانه لا يفيد لان المنافع لا تتقوم
الا بالعقد فاذا تحالفا انتفي العقد وليس هاهنا شي يرجع عليه بقيمته فلا يثبت له حق
الرجوع بشي فلا يكون مفيدا وفيما نحن فيه العين متقومة بنفسها فبتقدير انتفا
العقد تجب قيمة العين فيفيد التحالف وابو يوسف رحمه الله يقول المانع من
التحالف الهلاك فيتقدر الامتناع بقدر الهلاك وصار هذا كما قلنا في الاجارة اذا
اختلفا في مقدار الاجرة بعد استيفا بعض المنفعة دون البعض يتحالفان
فيما لم يقع استيفاوه بعد والمعقول علي قول ابي حنيفة وابي يوسف ان
التحالف حال قيام السلعة شرع نظرا لهما ليعود كل واحد منهما الي راس
ماله وبعد هلاك احدهما لا يحصل جانب البايع النظر بل تحصل فيه شبهة
الضرر من حيث تفريق الصفقة لان العادة جارية بضم الردي الي الجيد ترويجا
للردي بالجيد ولا يلزم علي هذا ما اذا اشتري شيين وقبضهما ثم وجد
باحدهما عيبا رده خاصة وفيه تفريق الصفقة لا يلزم هذا عليهما قلنا
لوجهين احدهما ان البايع هناك جان بتدليس العيب وان هاهنا بري
عن الجناية والوجه الثاني ان في امتناع الرد فيما ذكرتم ضررا علي
المشتري من كل وجه وفي الرد علي البايع شبهة الضرر من حيث التفريق
والضرران اذا التقيا فيتحمل الادني لدفع الاعلي واما مسالة الاجارة التي
استدل بها ابو يوسف فالفرق ظاهر الا الجناية في حكم العقود فيعود
المعقود عليه الي ملك الاخر بتقدير الفسخ فجاز اجرا التحالف فيه
وتكلم المشايخ في قوله الا ان يشا البايع ان ياخذ الحي ولا ياخذ من ثمن
الميت شيا علي حسب ما ذكر في الكتاب وتكلموا ايضا ان هذا الاستثنا
الي ماذا ينصرف قال مشايخ بلخ رحمهم الله ينصرف الي يمين المشتري ومعناه ان البايع
ياخذ الحي منهما صلحا عما يدعيه قبل المشتري من الزيادة فيجعل صلحهما علي
هذا العبد كصلحهما علي عبد اخر وصار تقديره ما قال في الكتاب علي قول هولا
لا يتحالفان عند ابي حنيفة ويكون القول قول المشتري مع يمينه الا ان ياخذ
البايع الحي ولا ياخذ شيا اخر فحينيذ لا يحلف المشتري قال شيخ الاسلام المعروف

بخواهر زاده رحمه الله الا ان هذا لا يقوي لان الاخذ معلق بمشية البايع ولو
كان اخذ للحي بطريق الصلح لكان متعلقا بمشيتهما وعامة مشايخنا رحمهم الله
علي ان الاستثنا منصرف الي التحالف وصار تقدير ما قال في الكتاب علي قول
هولا لا يتحالفان عند ابي حنيفة الا ان يشا البايع ان ياخذ الحي ولا ياخذ من
ثمن الميت شيا فيتحالفان وهذا لان المذكور هو التحالف دون يمين المشتري فكان
صرف الاستثنا الي المذكور اولي وبعضهم قالوا لا بل ينصرف الي يمين المشتري علي
معني ان البايع اذا رضي ان ياخذ الحي ولا ياخذ من ثمن الميت شيا فحينيذ لا
يحلف المشتري لان المشتري انما يحلف اذا انكر ما يدعيه البايع والبايع اذا
اعرض عن دعواه لا معني لتحليف المشتري ثم انما شرط لفسخ العقد في الهالك رضي البايع
دون رضي المشتري لانا لو فسخنا البيع في الهالك بالتحالف من غير رضا البايع بطل
حق البايع في الهالك من غير رضاه لانه سقط حقه في الهالك من غير ان يعود اليه
ما يصلح عوضا بخلاف المشتري لان المشتري حقه انما يزول عنهما بعوض لان الحي
وان كان يزول عن ملكه يسلم له ثمنه والميت كذلك وكيفية التحالف علي قول ابي
يوسف ان يقسم الثمن علي قيمة العبدين فيخص للحي الف درهم علي زعم البايع وخمساية
علي زعم المشتري اذا كانت قيمتهما سوا فيحلف المشتري بالله لو اشتريته بالف درهم
كما يدعيه البايع فان نكل ثبت ما ادعاه البايع وان حلف لم يثبت ثم يحلف البايع
بالله ما بعته بخمساية درهم كما يدعيه المشتري فيتحالفان في الحي علي حصته
ولا يتحالفان علي جملة الثمن واذا تحالفا فسخ القاضي العقد علي الحي عند
طلبهما او طلب احدهما ثم يحلف المشتري علي حصة الهالك بالله ما اشتريته
بالف درهم فان نكل لزمه الف وان حلف لزمه ما اقر به وذلك خمساية ومنهم
من قال يتحالفان علي جملة الثمن لانهما لو لم يتحالفا علي هذا الوجه ربما
يتجاسر كل واحد منهما علي اليمين لان ما يخص كل واحد منهما لا يعرف الا بالحزر
والتخمين فلا يحصل ما هو المقصود من اليمين وهو النكول واذا تحالفا علي
جملة الثمن يفسخ العقد في الحي دون الميت ويلزم المشتري حصة الهالك
من الثمن بقدر ما اقر وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فقال المشتري

كانت

كانت قيمته يوم القبض خمساية وقيمة القايم يوم القبض كانت الفا وقال البايع
علي عكس هذا فالقول قول البايع مع يمينه لان البايع بدعواه يستبقي ما
كان واجبا والمشتري بدعواه يسقط ما كان واجبا فكان البايع متمسكا
بالاصل فوجب اعتبار قوله فان قيل لماذا يعتبر قيمتهما يوم القبض
دون العقد والمبيع يعتبر قيمته يوم العقد في حق انقسام الثمن ده
ومسايل الزيادات تدل علي هذا حتي قال محمد قيمة الام تعتبر يوم العقد
وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت
مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من
العبدين ههنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم
العقد لا يوم القبض قال رضي الله عنه وهذا اشكال هايل اوردته
علي كل قرم فقيه حصيف نحرير فلم يهتد احد الي جوابه والذي تخايل
لي بعد طول التجشم ان فيما ذكرتم من المسايل لم يتحقق ما يوجب الفسخ
فيما صار مقصودا بالعقد فيجب اعتبار قيمته يوم العقد وفيما نحن
بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف
اما في الحي منهما فظاهر وكذلك في الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ في
الهالك لكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو
اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض علي تقدير
الفسخ كما هو مذهب محمد حتي قال يضمن المشتري قيمة الهالك علي تقدير التحالف
عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر
قيمتهما يوم القبض وعامة مشايخنا لم يتعرضوا لاعتبار قيمتهما يوم القبض
في شروحهم وان اقاما البينة فالبينة بينة البايع ايضا لان البايع يدعي
زيادة في قيمة الهالك والبينات شرعت لاثبات الزيادات فان قيل المشتري
يدعي زيادة في قيمة القايم فوجب ان تقبل بينته لاثباته الزيادة قيل له
الذي وقع الاختلاف فيه مقصودا قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القايم يثبت
ضمنا للاختلاف في قيمة الهالك وبينة البايع قامت علي ما وقع الاختلاف فيه مقصودا



قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القايم يثبت ضمنا للاختلاف في قيمة الهالك
وبقيمة البايع قامت فكانت اولي بالاعتبار ونظيره • رجل اشتري عبدين
وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك الاخر عند المشتري يجب عليه ثمن ما
هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رد وينقسم الثمن علي قيمتهما فان اختلفا في
قيمة الهالك فادعي المشتري والبايع الاكثر فالقول قول البايع وان اقاما
البينة فالبينة بينته ايضا لما اشرنا اليه من المعني وما ذكر في قول البايع
وان اقاما البينة الكتاب لان في البينات تعتبر الدعوي من حيث الظاهر وفي
الايمان تعتبر الحقيقة فلم احصل منه علي طايل رجل اشتري جارية وقبضها
ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول لان كل واحد منهما
منكر مدع فيتحالفان اعتبارا بالبيع لان التحالف في البيع قبل القبض معلول
ومعقول فوجب العقد به والقياس الي اخرها قال في الكتاب • رجل اسلم
عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في راس المال فالقول قول
المسلم اليه ولا يتحالفان فرق بين هذا وبين ما تقدم انفا والفرق ان الاقالة
في باب السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه لانه لا يمكن ان يعتبر
بيعا جديدا لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه كما في بيع العين اذا تقايلا
قبل القبض المبيع والثمن مدفوع الي البايع ثم اختلفا في مقدار الثمن لا يتحالفان
ويكون القول قول البايع مع يمينه لان الاقالة في هذه الحالة فسخ من كل
وجه والتحالف عرفت شرعيتها في العقود دون الفسوخ والاقالة في بيع العين
بعد القبض اعتبرت فسخا فيما بين المتعاقدين واعتبرت بيعا جديدا في حق
التحالف وفي باب السلم لو حصلت الاقالة بعد قبض المسلم فيه وهو قايم
حتي امكن اعتبارها بيعا جديدا يتحالفان ايضا فان قيل الاقالة بعد
قبض المبيع في بيع العين انما اعتبرت بيعا جديدا في حق غير المتعاقدين
فاما في حق المتعاقدين وما كان من حقهما اعتبرت الاقالة في حق القبض فسخا
فيما بينهما حتي ان البايع لو باع المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض
جاز ولو باع من غيره لم يجز والتحالف حقهما بدليل انهما لو تركا واذا كانت فسخا

في حق

في حق التحالف وجب ان لا يتحالفا لما ذكرنا لما عرفت شرعيتها في العقود لا في الفسوخ
الا تري انه لو حصل الفسخ بخيار الروية او بخيار الشرط او بالرد بالعيب بالقضا
بعد القبض والثمن منقود ثم اختلفا في مقداره لا يتحالفان قيل له الاقالة بعد القبض
فسخ فيما بينهما فيما كان من حقوق العقد الذي وقعت الاقالة عنه كما قلنا في القبض
فانه من حقوق البيع لانه وجب بالبيع لاتمامه فاما في حق ما كان من حقهما وليس من
حقوق العقد الذي وقعت الاقالة عنه فانه يعتبر بيعا جديدا في حقه كما في حق
الثالث ولا يعتبر فسخا كما في الاجل فان من له علي اخر دين موجل فاشتري به عبدا
ثم تقايلا العقد لا يعود الاجل لان الاجل ليس من حقوق العقد الذي وقعت
الاقالة عنه فكذا التحالف ليس من حقوق العقد الذي وقعت الاقالة عنه
لانه لا يجب بالبيع لان شرعيته لنقضه لا لاتمامه بخلاف ما اذا كان الرد بخيار
الشرط والروية لانه تعذر اعتباره بيعا في حق الثالث لانتفا الرضا وكذا اذا
كان الرد بقضا فان قيل ما الفرق لمحمد بين اقالة السلم وبين ما اذا هلكت
السلعة ثم اختلفا في مقدار الثمن فانهما يتحالفان فيما اذا هلكت السلعة
ولا يتحالفان في اقالة السلم اذا اختلفا في مقدار راس المال وان فات المعقود
عليه في الفصلين جميعا قيل له الاقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل
وجه علي ما ذكرنا والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ والله اعلم

باب في الخيار رجل اشتري طعاما لم يره وقال رضيته ثم راه فلم
يرضه فله ان يرده لقوله عليه السلام من اشتري شيا لم يره فهو بالخيار اذا
راه والخيار معلق ثبوته بالروية فيكون عدما قبل الروية فلا يصح اسقاطه
فان قيل لو لم يكن خيار قبل الروية وجب ان لا يكون له حق الفسخ قبل الروية
قيل له من وجهين احدهما انه لو لزم العقد بالرضا قبل الروية يلزم امتناع
الخيار بتقدير الروية والخيار ثابت بتقدير الروية بالنص فما ادي الي ابطاله
كان باطلا والثاني ان صحة الفسخ يعتمد عدم اللزوم والعقد ههنا قبل الروية
لا يوصف باللزوم لخلل تمكن في الرضا لان الرضا لم يوجد ههنا لان الرضا عبارة
عن الاستحسان واستحسان الشي مع الجهل باوصافه لا يتحقق فلا يلزم العقد

فكان بسبيل من الفسخ ولو باع شيا لم يره جاز البيع في ثبوت الخيار روايتان في رواية
يثبت الخيار اعتبارا بالشرا وفي رواية لا يثبت الخيار وهو الاصح لما روي ان عثمان
رضي الله عنه باع ارضا بالبصرة من طلحة ابن عبيد الله فقيل لطلحة قد غبنت
فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم ار فقال عثمان لي الخيار لاني بعت ما لم ار فحكما
جبير بن مطعم فاثبت الخيار للمشتري وكان بمحضر من الصحابة والفقه فيه ان جانب
البايع لا يشبه جانب المشتري لان المشتري يظنه خيرا مما اشتراه ورده لفوات
الوصف المرغوب فيه والبايع لو رده لرده باعتبار ان المبيع ازيد مما ظن فصار
كما لو باع عبدا بشرط انه معيب فاذا هو سليم لا يثبت الخيار للبايع ولو وكل
وكيلا بقبضه فقبضه بعد ما راه ونظر اليه لم يكن له ان يرده الا من عيب
وان ارسل رسولا بقبضه فقبضه الرسول بعد ما راه ونظر اليه فللمشتري ان
يرده وقال ابو يوسف ومحمد الوكيل والرسول سوا وللمشتري ان يرده اذا راه
وصورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلا عني في قبض المبيع وصورة الرسول
ان يقول كن رسولا عني او يقول امرتك بقبضه قال رضي الله عنه واذا استنبط
هذه الصورة مما قاله الصدر الامام الاجل الشهيد في صدر كتاب الوكالة في مسلة
الوكيل بالقبض ان الوكيل هل ينتصب خصما للمديون في دعوي الايفا ان
الوكيل حصل بالقبض لا بالخصومة فلا يملكها كما لو كان بصيغة الامر وجه قولهما
ان التوكيل حصل بالقبض واسقاط خيار الروية ليس من القبض في شي
فلا يصح اعتبارا بالرسول وبما اذا قبضه ولم يره ثم راه ورضي به واعتبارا بخيار
الشرط وخيار العيب وجه قول ابي حنيفة ان التوكيل بالخصومة توكيل بها
وبقبض الدين لانه من تمام الخصام وتمام القبض بابطال خيار الروية لان خيار
الروية يمنع تمام القبض الا تري انه يمنع تفريق الصفقة بعد القبض كما
يمنع قبل القبض بخلاف خيار العيب بعد القبض لانه لا يمنع التفريق بعد القبض
وبخلاف خيار الشرط لان الوكيل قايم مقام الموكل والموكل لو قبض المبيع في خيار
الشرط وهو يراه وهذا لان الاختيار شرع للاختبار وذلك بالتروي والتاني فيه
بعد القبض حتي لو استجاده اخذه وان استرذله تركه وهذا يفوت ببطلان

الخيار

الخيار بتقدير القبض وقد قيل ان يبطل ايضا عنده كما يبطل خيار الروية عنده
وهذا بخلاف الرسول لان الرسول لا يملك الا بتبليغ الرسالة فاما المرسل فاليه اتمامه
وابرامه الا تري ان الرسول بالبيع يملك القبض والوكيل بالبيع يملك واعلم بان الرسالة
سفارة العبد بين الله تعالي وبين اولي الالباب من عباده والتوكيل تفويض التصرف
الي الغير ليعمل برايه واحتسابه الا تري انه لا يجوز سلب اسم الرسول عن نبينا
عليه السلام ويجوز سلب اسم الوكيل عنه الا تري الي قوله تعالي قل لست عليكم بوكيل
رجل اشتري عدل زطي ولم يره فقبضه ثم باع منه ثوبا او وهبه او حدث بثوب
منه عيب فليس له ان يرد شيا منه بخيار الروية وخيار الشرط في هذا نظير خيار
الروية وكذلك اذا اشتري شيئين ووجد باحدهما عيبا قبل القبض وان اراد ان يرد
المعيب خاصة ليس له ذلك ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا له ان يرد المعيب
خاصة له والاصل في هذا ان خيار الروية يمنع تمام الصفقة وكذا خيار العيب
قبل القبض وخيار العيب بعد القبض لا يمنع تمام الصفقة اما خيار الشرط وخيار
الروية فباعتبار الخلل في الرضا وكذلك العقد قبل القبض غير تام لانه لا يفيد ملك
التصرف ان كان يفيد ملك الرقبة وخيار العيب بعد القبض لا يمنع تمام الصفقة
لانه انما يثبت لفوات وصف من اوصاف المبيع وفوات بعض الاوصاف لا يكون اقوي
من فوات بعض المبيع وذلك لا يمنع تمام الصفقة اذا اتصل به القبض وتفريق
الصفقة قبل التمام لا يجوز اعتبارا بابتدا الصفقة فانه اذا اوجب البيع في
شيئين لا يملك المشتري القبول في احدهما لما فيه من الاضرار بالبايع لجريان
العادة فيما بين الناس بضم الردي الي الجيد ترويجا للردي بالجيد فان قيل هذا
المعني موجود في خيار العيب بعد القبض ومع ذلك يملك التفريق قيل له
التفريق قبل القبض اضر لمكان التفرد والاستبداد بالرد لانه يريد بمجرد
الرد والتفريق بعد القبض اخف ضررا لافتقار الرد بعد القبض الي القضا والرضا
الاعمي اذا اشتري شيا فنظره جسه ان كان مما يجس وكذلك الشم فيما يشم وكذلك
الذوق فيما يذاق واما الثوب فلا بد من بيان صفته له وكذلك الدار والارض وعن
ابي حنيفة انه يوكل بصيرا يقبضه فقبضه الوكيل وهو ينظر اليه وهذا علي

اصله مستقيم وعن ابي يوسف انه بقام الي مكان لو كان بصير الراه ورضا به
بعد ما وصف له فلا خيار له لان المصير الي الشبه عند اعواز الحقيقة واجب
كالمحرم اذا اراد التحلل وقد قرع راسه يلزمه اجرا الموسي عليه تشبيها بالمحلقين
وكذلك الاخرس يلزمه تحريك الشفتين عند القراة تشبيها بالقارين وقال
بعض مشايخ بلخ يمس الحيطان والاشجار فاذا قال قد رضيت يسقط خياره لان الاعمي
اذا ذكيا يقف علي مقصوده في ذلك بالمس وحكي ان اعمي اشتري ارضا فقال
قودوني اليها فقادوه فجعل يمس الارض حتي انتهي الي موضع منها فقال ابيدر
هذا فقالوا لا فقال هذه الارض لا تصلح لانها لا تكنس نفسها فكيف تكسوني وكانت
كما قال ولو وصف له فرضي به ثم ابصر فلا خيار له ولو اشتري وهو بصير ثم عمي
انتقل خياره الي الصفة ولو اشتري عبدا واشترط الخيار لغيره القياس ان لا يجوز وهو
قول زفر وفي الاستحسان يجوز وهو قول علمائنا ويثبت الخيار له بطريق النيابة
عن العاقد وهذا بنا علي ان الحكم هل يثبت بطريق الاقتضا عندنا يثبت وعنده
لا يثبت والاقتضا اثبات شي يتوقف عليه وجود المذكور والصحيح ما قلنا لانه يصار
الي اثبات الحكم بالاضمار فصار الي اثباته باثبات المقتضي ونظيره اعتق عبدك
عني علي الف درهم وقد سبق ذكره وايهما اجاز او نقض صح ذلك منه وان اجاز احدهما
ونقض الاخر فالسابق منهما اولي وان كانا معا فتصرف المالك اولي نقضا كان
او اجازة في رواية كتاب البيوع لان الصادر عن نيابة لا يصلح معارضا للصادر
عن اصالة فان قيل هذا يشكل بما اذا وكل الرجل رجلا بان يطلق امراته للسنة
فطلقها الوكيل والموكل وخرج الكلامان معا قالوا يقع طلاق احدهما لا طلاق
الموكل عينا وهي من زيادات الزيادات قيل له الوكيل في باب الطلاق سفير
كالوكيل في باب النكاح بدليل ان الحالف حانث بفعل كل واحد منهما فكان الموجود
من الوكيل موجودا من الموكل فكان الصادر من كل واحد منهما صادرا عن اصالة
بخلاف الوكيل بالبيع وفي رواية كتاب الماذون النقض اولي لوجهين احدهما
ان النقض اولي من الاجازة لان الجايز يقبل النقض والمنتقض لا يحتمل الاجازة
فيترجح النقض لهذا فان قيل هذا يشكل بما اذا كان الخيار للبايع او للمشتري

فتلاقيا

فتلاقيا فتقايلا البيع ثم هلك عند المشتري قبل ان يقبضه البايع بحكم الاقالة فعلي المشتري
الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان الخيار للبايع لان تمام الفسخ بالتسليم الي
البايع قال شمس الايمة السرخسي وهذا لان الفسخ بحكم الخيار يحتمل الفسخ في نفسه
حتي لو تفاسخا ثم تراضيا علي فسخ العقد جاز قيل له هذا لا يلزم لانا قلنا
الاجازة لا ترد علي المنتقض ولا اجازة فيما ذكر وقيل ما ذكر في البيوع قول
محمد لانه يقدم ولاية الملك وما ذكر في الماذون قول ابي يوسف لانه لا يري
تقدم ولاية الملك واصله ما ذكر في النوادر ان الوكيل بالبيع اذا باع من انسان
وباع الموكل من انسان اخر وخرج الكلامان معا كان بيع الموكل اولي عند محمد
وعند ابي يوسف فجعل العبد بينهما نصفين ويخير كل واحد من المشتريين قال
الصدر الامام الاجل الشهيد رحمه الله في الكتاب اصله الوكيل بالسلم او شرا
شي بغير عينه اذا عقد ولم تحضره النية فعند محمد يقع للوكيل وعند ابي يوسف
يحكم النقد وذكر في وكالة الفتاوي الصغري ان تحكيم النقد في عقد السلم
لا في البيع لان للنقد تاثيرا في جواز السلم من حيث ان الجواز فيه يتوقف عليه
بخلاف البيع والوجه الثاني من الوجهين ان الفسخ يوجب الحرمة علي المشتري
والاجازة توجب الاباحة فكان المحرم اولي بالاعتبار فان قيل الاجازة لا
توجب الحرمة علي البايع فيجب ان يكون اولي بالاعتبار قيل له الاجازة
تاثيرها في اثبات الحل والفسخ تاثيره في ابقا الحل فكان الابقا اولي ولان الابقا
مع الشك اخف من الاثبات مع الشك لان الشي يبقي مع الشك ولا يثبت
مع الشك فكان اعتبار الفسخ اولي رجل باع عبدا علي انه بالخيار ثلاثة
ايام فقال في الثلاث نقضت البيع لا ينتقض الا ان يكون بمحضر من المشتري
اراد به العلم من المشتري وهو قول محمد وقال ابو يوسف نقضه جايز وان
لم يكن بحضرة المشتري وعلي هذا الاختلاف اذا كان الخيار للمشتري وروي
عن ابي يوسف انه قال مثل قولهما وروي عنه ايضا ان كان الخيار
للبايع يجوز فسخه بغير محضر من صاحبه وان كان الخيار للمشتري لم
يجز فسخه الا بمحضر من البايع والفرق ان فسخ البايع استدامة لملكه

وفسخ المشتري استحداث الملك للبايع لزوال المبيع عن ملكه مبني كان الخيار للمشتري
وجه قول ابي يوسف في المسالة ان تصرف المشروط له الخيار بلاقي خالص حقه
فينفذ كالمعتقة اذا اختارت نفسها بغير علم الزوج كان اختيارها صحيحا وتقرير
هذا الكلام من وجهين ان من قبله الخيار سلط علي الفسخ من قبل صاحبه
والمسلط علي التصرف ينفذ تصرفه بغير محضر من المسلط كما ينفذ تصرف
الوكيل بغير محضر من الموكل والثاني ان الخيار انما شرط المشروط له الخيار
لاستدفاع الضرر عن نفسه فلولا اقتداره علي الفسخ بغير محضر من صاحبه
يفوت ما هو المقصود من اشتراط الخيار لان الاخر يستخفي منه ويتوارى
عنه الي انقضا مدة الخيار فيلزمه العقد شا او ابي احب ام كره بخلاف
خيار العيب لانه غير موقت فلا يتضرر بالتاخير وجه قولهما انه بالفسخ
يلزم غيره حقا فلا يثبت حكم تصرفه في حق ذلك الغير ما لم يعلم به كالموكل اذا
عزل الوكيل حال غيبته وبيان الوصف ان العقد منعقد مع الخيار وبالفسخ
يرتفع الانعقاد في حق الاخر وتاثيره لانه لا يتمكن صاحبه من العمل لموجب
الفسخ اذا لم يعلم به ولا يثبت حكم الخطاب في حق المخاطب ما لم يعلم به كما في
خطابات الشرع يعني زمان البايع لا يطلب لسلعته مشتريا اخر اتكالا علي
استتمام البيع بانقضا المدة فيتضرر البايع بهذا ضرر يلحقه بتصرف المشتري
والمشتري وان كان يتضرر بامتناع الفسخ ولكن هذا ضرر يلحقه لا من جهة
البايع وهذا بخلاف الاجازة لانه لا يلزم البايع باجازته شيا وهو نظير
الرضا بالعيب مشتري فانه يصح من غير علم البايع وقوله ان المشروط
له الخيار مسلط علي التصرف من جهة صاحبه قلنا لا كذلك وكيف يقال
ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولكن انما يتمكن من الفسخ لان العقد غير
لازم في جانب من له الخيار وبانتفا وصف اللزوم يتمكن من الفسخ من غير رضا
صاحبه ولا يتمكن من الفسخ من غير علمه كما في الوكالات والشركات والمضاربات
وبهذا الحرف يقع الفرق بين هذا وبين الوكيل لان الوكيل مسلط علي التصرف
من الموكل يوضحه ان اختيار الخيار في العقود التي هي غير لازمة كالوكالة

والشركة

والشركة والمضاربة لا يجوز ولو كان اشتراط الخيار لمن له الخيار ليتمكن من الفسخ بغير
علم صاحبه يصح في هذه العقود لكونه محتاجا اليه وحيث لم يصح عرفنا ان
موجب الخيار منع صفة اللزوم لا غير وقد قيل في خيار المعتقة ان فسخها لا ينفذ
الا بمحضر من الزوج فيمنع وبعد التسليم هناك ثبوت الخيار لدفع زيادة الملك فيكون
الفسخ امتناعا من الالتزام ولا يتمكن من الامتناع الا برفع اصل النكاح فثبت لها
ولاية رفع النكاح ضمنا ولا يلزم ما اذا كان المبيع جارية والخيار للبايع فاعتقها البايع
او دبرها او وطيها او قبلها بشهوة او كاتبها او رهنها وسلمها او وهبها وسلمها او اجرها
فهذا كله نقض للبيع سوا كان بعلم المشتري او لا بعلمه لان ثبوت الفسخ ههنا بطريق الحكم
لا بقصد المتصرف فلا يتوقف علي العلم كالموكل اذا اعتق العبد الذي وكل ببيعه ينعزل
الوكيل وان لم يعلم به بخلاف ما اذا عزله قصدا وان مات في الثلاث بعد القبض فعلي
المشتري القيمة وان مات بعد الثلاث فعليه الثمن وهذا اذا كان الخيار للبايع وان
كان الخيار للمشتري فمات في الثلاث او مضت الثلاث ولم يقل شيا او اجاز في الثلاث
فعليه الثمن اما اذا مات بعد انقضا الثلاث في الفصلين جميعا فلانبرام البيع
بانقضا ثلاثة ايام واما اذا مات في الثلاث والخيار للمشتري فلانه لما اشرف
علي الهلاك تعيب بعيب كان عنه سالما في يد البايع فيعجز عن الرد كما قبضه فيسقط
الخيار فينبرم البيع فيلزمه الثمن واما اذا مات في الثلاث والخيار للبايع فلان
خيار البايع فلا يبطل بالتعيب عند المشتري فيهلك العبد علي ملك البايع وقد
كان مضمونا علي المشتري لانه قبضه بعد العقد لنفسه ولو قبضه ليعقد
عليه العقد يكون مضمونا عليه فاذا قبضه لعقد عقده لنفسه اولي واذا
شرط الخيار اربعة ايام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقال
ابو يوسف ومحمد ان شرط الخيار اربعة ايام او اكثر جاز وجه قولهما قوله عليه
السلام المسلمون عند شروطهم فاذا شرط الخيار شهرا وجب الوفا به وعن عمر رضي الله عنه
انه اجاز الخيار لرجل في ناقة شهرين والمعني فيه ان هذه ملحقة بالعقد
فلا يتوقف بالثلاث كالاجل وصار هذا كالكفالة فان اشتراط الخيار فيها زيادة
علي ثلاثة ايام جايز فكذا هذا وابو حنيفة رحمه الله استدل بما روي عن النبي عليه

السلام انه جعل رجلا من الانصار بالخيار في كل بيعة يشتريه ثلاثة ايام واسم هذا
الرجل حبان بن منقذ ابن عمر الانصاري بالفتح له صحبة وقد شهد احدا وكان يغبن في
في البياعات لمأمومة اصابت راسه اي شجة فقال له رسول الله عليه السلام اذا بايعت
فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام والتقدير الشرعي اما للمنع الزيادة اذ لولا ذلك
يلزم اخلا التقدير عن الفايدة ثم باشتراط الخيار يتمكن معنى الغرر وبازدياد المدة يزداد
الغرر غير انا تركنا القياس في مدة الثلاث للاثر وجواز العقد مع قلة الغرر لا يدل
على جوازه عند كثرة الغرر وبه فارق الكفالة لانها تحتمل الغرر وبه فارق خيار الروية
والعيب لانه لا يتمكن الغرر بسببه وفي حديث عمر رضي الله عنه بيان انه اجاز الخيار
وليس فيه بيان خيار الشرط واذا شرط الخيار اربعة ايام فسد العقد في قول ابي حنيفة
وزفر فان اسقط من له الخيار خياره قبل مجي اليوم الرابع صح العقد عند ابي حنيفة
ولم يصح عند زفر واذا دخل اليوم الرابع لا يصح الاسقاط على قوله ايضا لان الاسقاط
انما يعمل في المستقبل دون الماضي فاذا اسقط قبل انقضا الثلاث عمل اسقاطه
في المستقبل وما مضى غير مناف صحة العقد فكان العقد صحيحا عنده واذا
اسقط بعد مجي اليوم الرابع فما مضى كاف لافساد العقد واسقاطه غير ممكن
وعلى قول زفر رحمه الله العقد متى فسد لا طريق لتصحيحه الا الاستيناف واختلف
مشايخنا في حكم هذا العقد في الابتدا فمنهم من يقول انه فاسد ثم ينقلب صحيحا
بالاسقاط والاوجه انه موقوف الى هذا مال شمس الايمة السرخسي رجل اشترى
امراته على انه بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح وان وطيها وهي ثيب فله
ان يردها وقال ابو يوسف ومحمد يفسد النكاح وان وطيها لم يردها وهذا بنا على
ان خيار المشتري لا يمنع دخول المبيع في ملكه عندهما وعند ابي حنيفة فهما نظرا
الى العقد فقالا اثر الخيار يظهر فيما يرجع الى الثمن لا فيما يرجع الى المبيع فلا
يتغير حكم المبيع لان الخيار يعمل فيما على المشتري لا فيما له لان دفع الضرر في دفع
ما عليه لا في دفع ماله وابو حنيفة نظر الى العاقد فقال الخيار دخل على حكم
العقد في جانب المشتري وحكم العقد ملك مضمون بالثمن فاذا انتفى الضمان
انتفى الملك ووجه اخر لهما ان المبيع خرج عن ملك البايع فوجب ان يدخل في ملك
المشتري

[illegible] صح

المشتري لانا لا نجد في موضع ما على خلاف هذا وابو حنيفة يقول الثمن لا يدخل في ملك
البايع فوجب ان لا يدخل المبيع في ملك المشتري لانا لا نجد في موضع ما دخل المبيع
في ملكه وعدم دخول الثمن في ملك البايع ونجوز ان يوجد خروج المبيع عن ملك
البايع غير منوط بدخوله في ملك المشتري الا ترى ان متولي الكعبة اذا اشترى عبدا
لسدانة الكعبة وهي خدمتها يخرج العبد عن ملك البايع ولا يدخل في ملك المشتري
فما قاله ابو حنيفة مشروع في الجملة وما قالا غير مشروع فكان التعويل على ما قاله
ابو حنيفة فان كانت بكرا فانه لا يردها ايضا عنده لان العذرة غير مستحقة
بالنكاح فكان فواتها على المشتري في ضمانه واصل الوطي مستحق بالنكاح فلا يمنع
الرد بالخيار وعلى هذا الاختلاف مسايل ذكرها في الكتاب ولو باع عبدين
بالف درهم على انه بالخيار في احدهما اعلم بان المسلة على اربعة اوجه احدها
ان لا يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل الثمن والثاني ان يعين الذي فيه الخيار
ولا يفصل الثمن والثالث ان لا يعين الذي فيه الخيار ويفصل الثمن والرابع
ان يعين الذي فيه الخيار ويفصل الثمن والبيع جايز في الوجه الاخير دون
ما عداه لانه لا يفسد العقد من جهة الجهالة غير انه يتعلق القبول
في الذي لا خيار فيه بالقبول في الاخر وذلك شرط صحيح لان الذي فيه الخيار داخل
في العقد وان لم يدخل في الحكم واذا دخل في العقد فصار قبوله شرطا صحيحا
بمنزلة المدبر وام الولد وفي الاوجه الثلاثة احد البدلين مجهول اما
المبيع واما الثمن فرق بين الاوجه الاول والثاني وبينهما اذا اشترى عبدين
بالف درهم فاذا احدهما مدبر او مكاتب او كان المبيع جاريتين فاذا احدهما ام ولد
فان العقد ينعقد صحيحا في هذه المسايل في القن وان كان الانعقاد في
القن بالحصة لان العقد لا ينعقد في هولاء ولهذا لو حلف لا يبيع فباع هولاء
لا يحنث من مشايخنا رحمهم الله من لم يشتغل بالفرق وقال قياس ما ذكره
ههنا ان لا يجوز العقد في القن في تلك المسايل ويصير ما ذكر ههنا رواية
عن تلك المسايل ومنهم من اشتغل بالفرق وقال العقد في القن وفي هولا
مطلق غير مقيد بشي فيثبت الانعقاد باعتبار قصدهما وارادتهما نظرا الى

الاطلاق فينعقد كل واحد من المدبر والقن داخلا في العقد في حق المتعاقدين
فينعقد العقد عليهما جملة ثم التوزيع والانقسام عليهما بعد ذلك كما لو جمع بين
عبدين احدهما عبده وباعهما صفقة واحدة وفيما نحن فيه البيع مقيد بالخيار
فالحاصل ان المانع من حكم العقد فيما نحن فيه مقترن بالعقد لفظا ومعنى وفي
بيع القن وهو لا المانع مقترن بالعقد معنى لا لفظا ونظيره المشتري من
الغاصب اذا عتق ثم اجاز لا ينفذ لما اشرنا اليه • رجل باع عبيدا او احدهما
بالخيار ثلاثة ايام فصدقة الفطر على الذي يتقرر له الملك في العقد وهذا
مذهبنا والقياس ان لا يجب على من له الملك يوم الفطر وهو قول زفر والحسن
ابن زياد رحمهما الله ان كان الخيار للبايع كانت الفطرة على البايع وان
كان للمشتري كانت على المشتري لان قولهما في خيار المشتري كقولهما يعني
ابا يوسف ومحمد رحمهما الله وقال مالك الفطرة على البايع سوا كان الخيار له
او للمشتري وقول الشافعي مثل قول زفر الا انه قال اذا كان الخيار لهما
فالفطرة على المشتري قال المزني هذا غلط لان الشافعي قال رجل قال ان
بعت عبدي فهو حر فباعه مولاه على انهما بالخيار عتق العبد لان الملك للبايع
فيجب ان تكون الفطرة على البايع اذا كان الخيار لهما لا على المشتري وعلى هذا
الاختلاف اذا كان للمشتري خيار الروية وزكاة التجارة على هذا الاختلاف
ايضا وجه قول زفر والحسن ان صدقة الفطر انما تجب على من يملك العبد
يوم الفطر ولا يقال ان الوجوب باعتبار الملك فيجب ان يتوقف بتوقفه
قياسا على الولد والارش لان هذا ينتقض باعتاق المشتري اذا كان
الخيار للبايع وكذلك ينتقض بالشفعة فانها تتوقف الملك حتى ان من اشترى
دارا على ان البايع بالخيار ثلاثة ايام او اشتري ثم بيعت دار بجنبها
فان الشفعة لصاحب الخيار ولم يتوقف بتوقف الملك حتى لا تثبت الشفعة
للمشتري متى كان الخيار للبايع وان اجاز البيع في مدة الخيار ولنا ان ما
كان من الحقوق المختصة بالملك يتوقف بتوقف الملك قياسا على ملك
الولد والارش والفطرة من الحقوق المختصة بالملك لان فطرة المماليك تختص

بالملك

بالملك لانها لا تجب على غير المالك وهي ايضا تثبت بنفس الملك بلا صنع يكون من
المالك بخلاف العتق لانه ليس من الحقوق المختصة بالملك لانه يثبت باعتاق
يوجد بعد الملك وبخلاف الشفعة لان الشفعة ليست من الحقوق المختصة
بالملك لان الحقوق المختصة بالملك مفسرة بما لا يثبت الا بالملك والشفعة تثبت
بغير الملك لثبوتها بالشركة في الحقوق ولا يلزم النفقة لانها ليست من الحقوق
المختصة بالملك لان نفقة المماليك تجب على غير المالك لان نفقة المستعار على
المستعير ونفقة العبد الموصي برقبته لانسان وبخدمته لاخر تجب على
الموصي له بالخدمة ونفقة المبيع زمان الاحتباس بالثمن على البايع وان
كان البيع باتا فان قبضه المشتري فعلى المشتري وان هلك قبل القبض فليس
على احد فطرته وان وجد به عيبا قبل القبض فرده او رده بخيار الروية قبل القبض
فالفطرة على البايع وان قبضه ثم وجد به عيبا فرده فالفطرة على المشتري وان
عاد الى البايع قديم ملكه • رجل اشتري ثوبين على ان ياخذ ايهما شا بعشرة دراهم
وهو بالخيار ثلاثة ايام فالشرا جايز وكذلك الثلاثة وياخذ ايهما شا واما
الاربعة فالبيع فيها فاسد وعند مالك يجوز فيما زاد على الثلاث ايضا والقياس
ان لا يجوز في الكل وبه اخذ الشافعي لجهالة المبيع وجه قول مالك القياس على
الثلاثة فما دونها ولنا ان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان من له الخيار
متعين وهو في معنى ما وردت به السنة وهو شرط الخيار ثلاثة ايام لمساس
الحاجة الى ذلك وتكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة اما مساس الحاجة
فلان الانسان قد يشتري شيا لعياله ولا يعجبه استصحاب العيال مع نفسه
الى السوق والبايع لا يسمح مروته بالدفع اليه الا ان يبتاعه والذي يعجب عياله
من هذا النوع لا يدري ما هو فتمس حاجته الى البيع على هذا الوجه واما
الاقتصار على الاقتصار على الثلاثة فلان الجواز على منافاة الدليل لجهالة المبيع
ويكون من نوع يتفاوت احاده وافراده صير اليه لمساس الحاجة الى ذلك والحاجة
تندفع بالثلاثة لاشتمال كل نوع على صفة الوسطة والجودة والرداة ثم هذا
البيع انما يجوز مع شرط الخيار ثلاثة ايام بلا خلاف وهل يجوز اشتراط الخيار زيادة

علي ثلاثة ايام لاشك انه يجوز علي قولهما واختلف المشايخ علي قول ابي حنيفة
كان الشيخ ابو الحسن الكرخي يقول لا يجوز علي قوله لان هذا الخيار ملحق بخيار
الشرط ولهذا قال لا يجوز بدون التوقيت وكان بن شجاع يقول يجوز لانه غير ملحق بخيار
الشرط ولهذا قال لا يشترط التوقيت وجه ما قاله الكرخي رحمه الله ان هذا الخيار
لا يثبت الا بالشرط فكان التوقيت شرطا واليه مال شمس الايمة الحلواني وشمس
الايمة السرخسي رحمهما الله وجه ما قال بن شجاع مع خيار التعيين اختلف المشايخ
فيه منهم من قال يشترط وهو المذكور ههنا ومنهم من قال لا يشترط وهو المذكور في المبسوط
والجامع وعلي قول هذا القايل اذا لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد في احدهما حتي لا
يردهما وعلي قول الكرخي له ان يردهما لان عنده هذا الخيار بمنزلة خيار الشرط ومتي
صح البيع علي هذا الوجه وقبضهما المشتري يكون احدهما مبيعا مضمونا علي المشتري
والاخر امانة عنده قال ابو الحسن الكرخي وكما يجوز اشتراط الخيار في جانب المشتري
يجوز في جانب البايع لانه بيع يجوز فيه خيار المشتري فيجوز فيه خيار البايع وذكر
في المجرد انه لا يجوز لان مساس الحاجة في جانب المشتري دون البايع • رجل
اشتري دارا علي انه بالخيار ثلاثة ايام فباع رجل دارا بجنبها فاخذها المشتري
بالشفعة صح اخذه وسقط خياره وعلي قياس قول ابي حنيفة ينبغي ان لا يثبت
له حق الشفعة لانه لا ملك له فيها كما لا يثبت له الشفعة اذا كان الخيار للبايع وما
ذكر في الكتاب في ثبوت الملك بصفة الاسناد بتقدير سقوط الخيار ثابت في خيار
البايع ولا تثبت الشفعة للمشتري باعتباره اذا اسقط خيار البايع • رجلان اشتريا
غلاما علي انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للاخر رده وقال ابو يوسف ومحمد له ان
يرده وكذلك لو كان لهما خيار الروية او خيار العيب وجه قولهما ان الخيار شرع
للتروي والتاني ليختار من له الخيار ما هو الارفق والاوفق فلا يجوز اثباته الا علي
هذا الوجه وجه قول ابي حنيفة ان الرد يستحلف عيبا كان المبيع سالما
عنه عند البايع وهو عيب الشركة لان البايع بتقدير الرد لا يتمكن من الانتفاع
الا بطريق التهايي وكان قبل البيع متمكنا من الانتفاع به متي شا واراد والخيار
يثبت ليختار من له الخيار ما هو الارفق والاوجه علي وجه لا يلحق

الضرر

الضرر بغيره • رجل اشتري جارية علي انه ان لم ينقد الثمن الي ثلاثة ايام فلا
بيع بينهما فالبيع جايز والشرط جايز استحسانا عندنا خلافا لزفر فان قال الي
اربعة ايام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف رحمهما الله وعند
محمد رحمه الله يجوز وجه قول زفر ان هذا شرط لا يقتضيه العقد لان هذا
شرط شرط للفسخ والفسخ لا يقتضيه العقد وليس هذا في معني البيع بشرط الخيار
لان هذا شرط يبطل لازما وجه قول علمائنا رحمهم الله ما روي عن عبد الله
ابن عمر رضي الله عنه انه باع ناقة له من رجل بشرط انه ان لم ينقده الثمن الي
ثلاثة ايام فلا بيع بينهما وهذا باب لا يعرف قياسا والمروي عن الصحابي فيما
لا يعرف قياسا كالمروي عن النبي عليه السلام وابو حنيفة مر علي اصله في انه
لا يجوز اشتراط الخيار زيادة علي ثلاثة ايام وههنا لا يجوز بالطريق الاولي
لما ذكرنا ان المنافاة ههنا اكثر ومحمد رحمه الله ايضا مر علي اصله وزعم ان اشتراط
هذا الخيار في معني التاجيل والانظار وابو يوسف فرق والفرق ان القياس
يابي جواز العقد بهذا الشرط الا انا تركنا القياس في ثلاثة ايام لحديث ابن
عمر رضي الله عنه والقياس يجوز تركه بما يروي من مشاهير الصحابة وفيما وراها
جرينا علي قضية القياس ولا يمكن اعتباره بخيار الشرط لما ذكرنا من
الفارق ولا يمكن اثباته ايضا اعتبارا بالتاجيل لان التاجيل ينفي حكم العقد
وهو المطالبة بالثمن اصل العقد وخيار الشرط كذلك فامكن اثبات خيار
الشرط زيادة علي ثلاثة ايام اعتبارا بالتاجيل وهذا الخيار ينفي اصل
العقد ويعني باصل العقد الجواز وحكمه وههنا مسلة لا بد من حفظها وهي
انه اذا لم ينقد الثمن الي انقضا ثلاثة ايام ينفسد العقد ولا ينفسخ
حتي لو اعتقه المشتري وهو في يده نفذ عتقه وان كان في يد البايع لا ينفذ
وعلي هذا اذا اشتري ونقد الثمن علي ان البايع ان رد الثمن الي ثلاثة ايام
فلا بيع بيننا جاز البيع بهذا الشرط ويصير بمنزلة البيع بشرط الخيار للبايع
حتي اذا قبض المشتري يكون مضمونا علي المشتري بالقيمة ولو اعتقه المشتري
لا ينفذ ولو اعتقه البايع ينفذ والله اعلم

باب المرابحة والتولية

اعلم ان في بيع المرابحة تجب النظر في البدل في العقد الاول فان كان من ذوات الامثال
جاز سواكان الربح من جنس راس المال اولا من جنسه اذاكان معلوما وان كان البدل
في العقد الاول من ذوات القيم فباعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل جاز ايضا وان كان
لا يملكه فالبيع باطل • رجل اشتري ثوبا وباعه مرابحة ثم اشتراه ثانيا فاراد ان يبيعه
مرابحة يطرح كل ربح كان قبل ذلك فان كان الربح يستغرق الثمن لم يبيعه مرابحة
وهذا قول ابي حنيفة وقالا يبيعه مرابحة علي الثمن الاخير وصورة المسلة اذا
اشتري ثوبا بعشرة وقبضه ثم باعه بخمسة عشر وسلم المبيع وانتقد الثمن ثم اشتراه
بعشرة فاراد ان يبيعه مرابحة يحط عنه الربح الذي ربحه وهو خمسة ويبيعه
مرابحة علي خمسة لكن لا يقول اشتريته بخمسة فانه يكون كاذبا ولكن يقول
قام علي بخمسة والان ابيعه بربح كذا وعندهما يبيعه علي عشرة ولو كان البيع
بربح عشرة فان باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة عند ابي حنيفة
وعندهما يبيعه مرابحة بعشرة وجه قولهما ان البيع الثاني منفرد عن البيع الاول
فيكون المبيع كله بازا الثمن في البيع الثاني وكان له ان يبيعه مرابحة علي الثمن
في البيع الثاني وصار هذا كما اذا تخلل بينهما ثالث وكما لو وهب له ثوب ثم باعه
بعشرة ثم اشتراه بعشرة له ان يبيعه مرابحة علي عشرة عندهم جميعا وعن
ابي حنيفة انه بيع المرابحة بيع امانة فيجب صونه عن كل خيانة ولولا البيان
لما كان يكون فيه نوع خيانة بيانه انه بهذا البيع يستفيد وكادة في الثمن
المستفاد بالبيع الثاني والثمن في البيع الثاني علي عرضية السقوط بان يجد المشتري
به عيبا فيرده فيسقط الثمن الثاني وبهذا البيع يقع الامن علي السقوط فيصير
كانه اشتري ثوبا وخمسة بعشرة نظرا الي وكادة الملك في الخمسة وللتاكيد
شبهة بالايجاب كما قلنا في شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا واذا تمكن فيه
نوع خيانة وجب ان لا يكون بسبيل من ذلك كما اذا اشتراه بثمن موجل ثم
باعه مرابحة بثمن حال بخلاف ما اذا تخلل الثالث لانه قد وقع الامن عن السقوط
بالبيع من الثالث واما مسلة الهبة فممنوعة في رواية عن ابي حنيفة ،
ولين سلمنا فنقول بالبيع الثاني ان كان يتاكد انقطاع حق الواهب في الرجوع

لكنه

لكنه ليس بمال ولا تثبت هذه الوكادة في عقد لا يجري فيه الربوا اعني به الهبة
وانه ايضا ليس بمعني يراد به الثمن خلاف الاجل لانه معني يزاد في الثمن
لاجله واذا استغرق الربح الثمن بان اشتراه بعشرة ثم باعه بعشرين ثم
اشتراه صار كانه اشتراه وعشرة بعشرة فتصير العشرة بازا العشرة فلا يبقي
بازا الثوب شي فلا يبيعه مرابحة وقد اعتبر هذا في منع بيع المرابحة ولم يعتبر
في افساد البيع لان الربح الاول لم يصر مقابلا بالثمن في البيع الثاني حقيقة انما
يثبت بشبهة المقابلة من حيث انه تاكيد وللتاكيد شبهة بالايجاب والشبهة
تكفي لمنع بيع المرابحة اما لا يكفي لافساد البيع لان المنع في بيع المرابحة حق العبد
لا حق الشرع بدليل انه يجوز عند البيان وبدليل انه يجوز اذا رضي بعد
البيع بدليل انه يجوز لو كان مكان المرابحة مساومة والمسالة بحالها عبد
ماذون له عليه دين محيط برقبته اشتري ثوبا بعشرة وباعه من مولاه بخمسة
عشر باعه المولي مرابحة علي عشرة وكذلك لو اشتراه المولي بعشرة ثم باعه
من العبد بخمسة عشر باعه العبد مرابحة علي عشرة وكذلك علي هذا لان الخمسة
التي هي ربح ثمن من وجه دون وجه لزوالها عن ملك المولي او العبد من وجه
دون وجه لان مكاسب المكاتب والعبد اذا كان عليه دين محيط ملك
المولي من وجه دون وجه واذا كان كذلك صار ثمن هذا الثوب من وجه
عشرة ومن وجه خمسة عشر فيتمكن في بيع المرابحة شبهة الخيانة متي
باعه علي خمسة عشر وبيع المرابحة بيع امانة فيجب صيانته عن كل خيانة
فان قيل هذا المعني موجود في العشرة ومع هذا له ان يبيعه مرابحة علي عشرة
قيل له العشرة صارت ثمنا من كل وجه لزوالها عن ملك المولي بدفع الماذون له
والمكاتب الي بايعه وهذا المعني ان كان يستقيم فيما اذا كان المشتري هو المولي من
العبد او المكاتب لكن لا يستقيم فيما اذا كان المشتري من المولي هو العبد او
المكاتب لكنه لا يستقيم فيهما فلا بد له من معني اخر فنقول ذلك المعني ان العشرة
ههنا صارت ثمنا من كل وجه ايضا لانه من حيث انه استفاد فيها حقيقة الملك
كانت ثمنا من حيث ان له فيها حق الملك قبل البيع صارت ثمنا ايضا لانه ان

اخذ هذه العشرة وله فيها حق الملك فقد دفع الي الماذون له والمكاتب سلعة
له فيها حق الملك فكانه لم ياخذ عشرة له فيها حق الملك لان الاخذ بعوض ولا
اخذ سوا بخلاف الخمسة التي هي ربح لانه صار اخذا خمسة له فيها حق الملك ولم يعط
مكانها ما يعدلها وله فيها حق الملك حتي يصير كانه لم ياخذ ما له فيها حق الملك فصارت
الخمسة ثمنا من وجه دون وجه الي اخرها قلنا مضارب معه عشرة دراهم
بالنصف اشتري ثوبا بعشرة فباعه من رب المال بخمسة عشر جاز وقال زفر
لا يجوز بيع رب المال من المضارب ولا بيع المضارب من رب المال يريد به اذا
لم يكن في المال ربح لان البيع تمليك المال بالمال وانه معدوم ههنا ولكنا نقول كل
واحد منهما بهذا العقد يستفيد ملك اليد ان كان لا يستفيد ملك الرقبة فكان
مفيدا فكان صحيحا وهذا لان البيع ماخوذ من مد الباع سمي بيعا لان كل واحد
منهما بعد البيع لمد باعه الي ما في يد صاحبه والبيع علي هذا الوجه موجود ههنا
واذا جاز البيع عندنا اذا اراد رب المال ان يبيعه مرابحة فانه يبيعه مرابحة
علي اثني عشرة ونصف لان المضارب وكيل عن رب المال ولهذا يرجع بالعهدة
علي رب المال فصار بيعه من رب المال بخمسة عشر في حق نصف الربح باطلا رجل
اشتري جارية فاعورت عنده يبيعها مرابحة ولا يبين وقال زفر ليس له ذلك
حتي يبين ولو فقا عينها بنفسه او فقاها اجنبي فغرم الارش لم يبعها مرابحة
حتي يبين وجه قول زفر ان بيع المرابحة مبناها علي الامانة فينفي عنه كل
خيانة وقد تمكن فيما باعه نوع خيانة لان الاوصاف قد يقابلها شي من الثمن
وان كان فواتها بافة سماوية فان المشتري اذا وجد بالمبيع عيبا وقد عجز عن
الرد بسبب سماوية وقد لا يقابلها شي من الثمن فيما اذا كان فواتها في يد البايع
بعد البيع قبل قبض المشتري كان المشتري بالخيار ان شا اخذه بجميع الثمن وان
شا تركه ولا يسقط باعتباره شي من الثمن فيثبت لها شبهة المقابلة والشبهة
في بيع المرابحة ملحقة بالحقيقة ولكنا نقول الفايت لا يقابله شي من الثمن لا
حقيقة ولا شبهة اما حقيقة فلا ريب واما شبهة فكذلك لان الفايت متي
كان فواته بافة سماوية ولم يوجد الاحتباس لا حقيقة ولا حكما لا يقابله

شي

س

شي من الثمن وانما ياخذ قسطا من الثمن اذا امتنع الرد علي البايع لانه وجد الاحتبا
حكما لان امتناع الرد لا بد وان يكون لحق البايع كما اذا اشتري ثوبا وقطعه
ثم وجد به عيبا كان عند البايع او لحق الشرع كما اذا خاطه ولم يوجد الاحتباس
علي هذا الوجه ههنا يقابله شي من الثمن اذا كان كذلك لم توجد الخيانة في الثمن
ولا احتباس شي من المعقود عليه كان له ان يبيعه مرابحة بغير بيان وبهذا يقع
الفرق بين هذا وبينها اذا فقاها بنفسه او اجنبي اخر وكذلك اذا اشتري
ثوبا فاصاب فرض فار او حرق نار والفرض بفا معجمة من فوقها بواحدة نص
علي هذا صدر الاسلام ابو اليسر رحمه الله في اصوله وغيره قال بالقاف المعجمة من
فوقها باثنتين وان تكسر الثوب بنشره وطيه فانتقص لزمه البيان ولو اشتري
جارية ثيبا ووطيها فلم ينتقصها الوطي باعها مرابحة ولا يبين بخلاف ما اذا اشتري
جارية ثيبا ووطيها ثم وجد بها عيبا ليس له ان يردها بالعيب لان المانع من الرد
بعد الوطي قايم لانه لا يخلو اما ان يردها مع العقر احترازا عن الوطي مجانا او من
غير عقر ولا وجه الي الاول لانه تعود اليه الجارية كما خرجت من يده بالفسخ
والفسخ انما يرد علي ما ورد عليه العقد والعقد لم يرد علي الزيادة فلا يرد
الفسخ عليها ولا وجه الي الثاني لان الجارية تعود الي قديم ملك البايع ويسلم للمشتري
الوطي بلا عوض باعتبار البيع وذلك لا يجوز بخلاف الواهب اذا رجع في الهبة والموهوب
جارية بعدما وطيها الموهوب له يصح الرجوع ولا يلزم الموهوب له شي لان الاصل
وهو الجارية يسلم للموهوب له بلا عوض فيجوز ان يسلم له وطيها بلا عوض ولا يجوز
ان ينفسخ البيع ويسلم للمشتري او للبايع زيادة متولدة من العين او شي وجب
باتلاف العين كالولد والارش والعقر فكذا الوطي وبيع المرابحة انما يمتنع جوازه
من غير بيان اما بالخيانة في الثمن او باحتباس شي من المبيع وهو الماخذ
في منع بيع المرابحة بلا بيان فان كان بكذا لم يكن له ان يبيعها مرابحة حتي يبين
لان الاقتضاض وقع احتباسا بشي من المبيع وهو العذرة • رجل اشتري شيا
بنسية ثم باعه مرابحة ولم يبين فعلم المشتري بذلك ان شا رده عليه وان شا
اخذه بجميع الثمن وعلي هذا التولية لان الاجل شي يزاد في الثمن لاجله وانه لا يثبت

الا بالشرط فيكون الاعراض عن البيان خيانة فيكون للمشتري الخيار وهذا اذا كان
الاجل مشروطا في العقد وان لم يكن مشروطا فيه وانما كان ميعادا كما هو الرسم بين
الباعة ان يودي المشتري الثمن منجما في كل اسبوع ثم انه باعه المشتري مرابحة
اختلف مشايخنا في هذا الفصل قال بعضهم له ان يبيعه مرابحة بلا بيان لان الثمن
حال وبان سامحه البايع واستوفي منه الثمن منجما لا يخرج من ان يكون حالا
ومنهم من يقول المعروف كالمشروط فهذا قياسه فان استهلك المشتري المبيع
او هلك عنده بطل خياره لان الخيار بهلاك المبيع يبطل اعتبارا بعامة الخيارات
وعن محمد في غير رواية الاصول انه يفسخ البيع علي القيمة ان كانت القيمة اقل من
الثمن حتي يندفع الضرر عن المشتري فيكون المذكور ههنا قول ابي حنيفة وابي
يوسف وهذا الاختلاف بناء علي مسالة التحالف بعد هلاك السلعة عندهما
لا ينفسخ البيع وعند محمد يفسخ علي القيمة بعد التحالف دفعا للضرر عن البايع
وههنا ايضا يفسخ البيع علي القيمة نصونا عن الاضرار بالمشتري واذا لم يفسخ البيع
عندهما لا يرجع المشتري علي البايع بشي من الثمن فرق بين هذا وبين خيار العيب
اذا هلك المبيع عند المشتري حيث يرجع المشتري بنقصان العيب من الثمن
والفرق ان في العيب لو رجع المشتري علي البايع يبقي بعد السلعة عند
البايع وهو الجزء الفايت وههنا لو رجع ببعض الثمن لا يبقي عند البايع شي من
المبيع لان المبيع بجميع اجزايه سالم للمشتري ونظير هذا ما سيل والدي رحمه الله
عن رجل اشتري ثوبا علي انه عشرة اذرع بعشرة دراهم فوجده تسعة اذرع
يخير المشتري ان شا اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه فان اختار الرد فهلك
قبل ان يرده هل يرجع بنقصان النقصان قال يرجع وما اشرنا اليه من الفرق
ههنا دليل عليه • رجل ولي رجلا شيا مما قام عليه ولا يعلم المشتري بكم قام
عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فساد في صلب العقد فساعات المجلس كساعة
واحدة الا تري ان القبول في اخر المجلس يرتبط بالايجاب وان تخللت بينهما
ساعات فكذلك ههنا العلم الحاصل في اخر المجلس ينزل منزلة العلم الحاصل
في اوله فان قيل لو كان كذلك يجب ان لا يكون للمشتري خيار بين الفسخ والامضا

قيل له

قيل له نحن ندعي الموجود في اخر المجلس كالموجود في اوله والرضا غير موجود في اخر المجلس
حتي يجعل كالموجود في اوله فلهذا كان له الخيار وذكر الامام الحاكم السمرقندي رحمه الله
في شروطه ان البيع جايز وان لم يعلم المشتري بمقدار ما قام علي البايع

باب العيوب

رجل اشتري جارية بالغة فوجدها لا تحيض فهو عيب لانه دلالة دا في الباطن
قال شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده الحيض مركب في بنات ادم فاذا لم تحض هذه
فالظاهر انها انما لا تحيض لدا فيها فكذلك الدا يكون عيبا فيها لا عدم الحيض والذي يويد
هذا التعليل ما ذكره الصدر الامام الاجل الشهيد في فتاوي الاصفي رجل
اشتري جارية فوجدها لا تحيض لا يسمع منه الخصومة ما لم يدع ان ارتفاع
الحيض بسبب الدا والحبل وكذلك الاستحاضة لان الاستحاضة لدا حل في عرقها
اليه اشار رسول الله عليه السلام حيث قال لتلك المراة ذاك عرق غذ او قال انفجر
وانما يعرف هذا اذا اشكل او وقعت في ذلك منازعة بقول الامة لانه لا طريق
لمعرفة ذلك الا هذا قالوا هذا قول محمد وفي ظاهر الرواية لا قول الامة في ذلك واعلم
ان المشتري اذا ادعي انقطاع الحيض فالقاضي يساله عن مدة الانقطاع فان
ادعي الانقطاع في مدة قصيرة فالقاضي لا يلزمه الاصغا الي ذلك وان ادعي ذلك في
مدة مديدة فالان يلزمه الاصغا الي دعواه ولا بد من معرفة الفارق بين
المدتين وروي عن ابي يوسف ان المدة المديدة مقدرة بثلاثة اشهر وعن
محمد انه قدرها باربعة اشهر وعشر وعن ابي حنيفة وزفر انهما قدراها
بسنتين واذا عرفت المدة المديدة فما دونها قصيرة فبعد ذلك ان كان من اهل
الاجتهاد اخذ بما ادي اليه اجتهاده وان لم يكن من اهل الاجتهاد اخذ بما
اتفق عليه اصحابنا رحمهم الله فاذا سمع الدعوي ينبغي ان يسال البايع اهي كما يدعي
المشتري فان قال نعم ردها علي البايع بالتماس المشتري وان قال هي كذلك للحال وما
كانت كذلك عندي توجهت الخصومة علي البايع لتصادقهما علي قيام العيب للحال
فان طلب المشتري يمين البايع يحلف البايع فان حلف بري وان نكل ردت عليه وان
شهد للمشتري شهود لا تقبل شهادتهم بخلاف الاستحاضة حيث يقبل لان الاستحاضة
مما يمكن الاطلاع عليه وانقطاع الدم علي وجه يعد عيبا لا يمكن الاطلاع عليه وان

انكر البايع انقطاع حيضها في الحال هل يستحلف علي ذلك عند ابي حنيفة لا وعندهما
يستحلف لما نبين ان شا الله تعالي ولو وجدها ذمية كان له ان يردها لان الكفر عيب
في العبيد والاما وكذلك لو وجدها زانية والزنا في العبد ليس بعيب الا ان يشترط الادمان
لان الاستفراش مقصود من الجواري وكذلك الاستيلاد قد يكون مقصودا منهن
والزنا يخل بذلك والادمان ايضا يخل بالاستخدام العبيد وان اشترا عبدا علي انه
كافر فوجده مسلما لم يكن له ان يرده عندنا خلافا للشافعي لانه شرط لا غرض فيه لان
استعباد الكافر مطلوب للمسلم لما فيه من الاذلال به لكنا نقول الكفر عيب فيكون د
اشتراطه للتبري وما ذكر راجع الي الديانة لا الي المالية والجنون في الصغر عيب ابدا
من المشايخ من قال معناه اذا جن عند البايع وجب الرد وان لم يعاوده عند المشتري
لانه لا يرتفع باثاره وكذلك ينبني في حال بقاء عينه والصحيح ان المعاودة شرط وهي
المنصوص عليها في المبسوط والجامع لان احتمال الزوال بحيث لا يبقي اثره ثابت
والاصل في البيع اللزوم فلا تثبت ولاية الرد ومعني ما قال في الكتاب ان في ولاية
الرد يثبت بتقدير المعاودة وان كان الجنون عند البايع حالة الصغر وللمعاودة
عند المشتري حالة الكبر لاتحاد السبب وهو فساد الباطن علي ما قيل ان
العقل معدنه القلب وشعاعه الي الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع
عن الدماغ والاباق والبول في الفراش والسرقة عيب في حالة الصغر
وبالبلوغ يزول فان حدث شي منها بعد البلوغ فهذا عيب جديد لا ذلك
العيب وبيانه ان كانت هذه العيوب في حالة الصغر عند البايع ثم
ظهرت عند المشتري في حالة الصغر فله ان يرده واما اذا لم يظهر
عند المشتري حتي يبلغ ثم ظهر ذلك لم يكن له ان يرده لان هذه العيوب
كانت عند البايع في حالة صغره وقد زال ذلك بالبلوغ لان السرقة من الصغير
ليس بسرقة حقيقة بل هي حرص وجشع علي الماكول والمشروب وبعد ذلك سرقة
حقيقة والاباق من الصغير لقلة المبالاة بعواقب الاشيا وبعد البلوغ
لمادة الخبث والبول في حالة الصغر لضعف المثانة وبعد البلوغ لدا في البطن
وههنا مسلة عجيبة وهي ان من اشترا عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش

كان

كان له ان يرده فان لم يتفق الرد حتي تعيب عنده بعيب اخر فان له ان يرجع
بنقصان العيب فاذا رجع بنقصان العيب ثم كبر العبد هل للبايع ان
يسترد ما اعطي من النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ والادراك ولا
رواية لهذه المسلة في الكتب قال رضي الله عنه وكان والدي رحمه الله يقول
وينبغي ان يسترد استدلالا بمسلتين احدهما ان الرجل اذا اشتري جارية
فوجدها ذات زوج كان له ان يردها فان تعيبت عنده بعيب اخر له ان
يرجع بنقصان العيب فاذا رجع بالنقصان ثم ابانها زوجها كان للبايع ان
يسترد النقصان لزوال العيب فكذا فيما نحن فيه والثانية اذا اشتري
عبدا فوجده مريضا كان له ان يرده فان تعيب عنده بعيب اخر رجع بالنقصان
فاذا رجع ثم برا من مرضه هل للبايع ان يسترد النقصان قالوا ان كان البرء
بالمداواة لم يكن له ان يسترد والا فله ذلك والبلوغ ههنا لا بالمداواة
فكان له ان يسترده رجل اشتري عبدا ثم طعن فيه بعيب لم يجبر المشتري
علي دفع الثمن حتي يحلف البايع او يقيم المشتري البينة قال رضي الله عنه
في هذا التركيب نظر لانه جعل احدهما غاية لنفي الاجبار علي الادا لا ينتهي
باقامة البينة بل يستمر وامكن تصحيحه بتقدير الخبر المذكور ثابتا ومعناه
ان يقيم المشتري البينة فيستمر عدم الاجبار وانما لم يجبر علي الادا لان القاضي
لا يشتغل بما لا يفيد ولا ينقص شيا بالبعيد وامكن تحقيق هذا المعني بالتلوم
والانتظار الي انكشاف الحال فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف البايع فان حلف
امر المشتري بايفا الثمن لان التاخير لا الي غاية معلومة يجري مجري الابطال وان
ابي لزم البايع حكم العيب رجل اشتري جارية بالف درهم وقبضها ثم جا يردها
بالعيب فقال البايع بعتك هذه واخري معها وقال المشتري بعتني هذه وحدها
فالقول قول المشتري لانكاره قبض الزيادة رجل اشتري عبدا فادعي اباقا
وقال بعتنيه ابقا لم يحلف البايع انه لم يابق عنده حتي يقيم المشتري البينة انه
ابق عنده اعلم بان قيام العيب في الحال شرط لاستماع الخصومة فان قيل اي فرق
بين هذا وبين الدين بان من ادعي علي اخر دينا وانكر المدعي عليه الدين فالقاضي

يامر المدعي عليه بالجواب فان لم يثبت قيام الدين اصل والشغل عارض قيل له في الفرق
بينهما ان قيام الدين في الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي الى احيا حقه
عسى لانه ربما لا يكون له بينة على الدين اصلا وان كانت له بينة لكنه لا يقدر على اقامتها
بموت الشهود او تغيبهم وفي دعوى العيب ان كان يعرف باثار تعاين وتشاهد
امكن اثباته بالتعرف عن تلك الاثار وان لم تعرف باثار تعاين امكن التعرف عنه بالرجوع
الى الاطبا والقوابل واذا عجز المشتري عن اثبات العيب للحال واراد تحليف البايع
هل له ذلك عندهما يحلف لانه ادعى عليه معنى لو اقر به يلزمه فاذا انكر يستحلف وعند
ابي حنيفة رحمه الله لا يحلف لان التحليف شرع لتسكين الخصومات وقطعها وفي التحليف
ههنا تهييج الخصومات واثارتها ونظيره مدعي الوكالة اذا لم يكن له بينة عليها اراد
تحليف المدعا عليه الوكالة عند ابي حنيفة لا يحلف وعندهما يحلف كذا ذكره الخصاف
غير ان القاضي في الجنون لا يسال المشتري عن اتحاد الحالة وفيما عداه يسال عن ذلك
لاتحاد السبب في الجنون واختلافه فيما عداه ومتى توجهت اليمين على البايع يحلف على
الثبات فان قيل في دعوى السرقة والاباق ينبغي ان يحلفا على العلم دون الثبات
لانه تحليف على فعل العبد اعني به السرقة والاباق قيل له من وجهين احدهما
قال شمس الايمة ابو محمد عبد العزيز بن احمد الحلواني رحمه الله قولنا التحليف على
فعل الغير يكون على العلم يطرد في جميع المسايل الا في دعوى الاباق والسرقة وانما
"يحلف على الثبات لان البايع ضمن تسليم المبيع سليما فالاستحلاف يرجع الى ما
ضمن بنفسه فلذلك حلف على الثبات والوجه الثاني ان التحليف على فعل الغير
انما يكون على العلم اذا ادعى الذي يحلف انه لا علم له بذلك اما اذا ادعى ان له علما
بذلك فيحلف على الثبات الا ترى ان المودع اذا قال قبض المودع الوديعة فالقول
قول المودع ويحلف على الثبات لادعايه العلم بذلك يدل على صحة ما قلنا ما ذكره محمد
رحمه الله في ابواب الوكالة من الجامع واذا وكل الرجل رجلا ببيع عبده بالف درهم
فباعه وسلمه الى المشتري ثم اقر الوكيل ان الموكل قد قبض الثمن والموكل جاحد فالقول
قول الوكيل مع اليمين ويحلف على الثبات بالله لقد قبض الموكل الثمن وهذا تحليف
على فعل الغير لان الوكيل يدعي ان له علما بذلك قال رضي الله عنه ان هذا لا يقوي

بمسلة ذكرها محمد رحمه الله في باب اليمين على البيعتين في الشي الواحد من ابواب البيوع
من الجامع رجلان باعا عبدا من رجل صفقة واحدة ثم مات احدهما وورث البايع الاخر
فوجد المشتري به عيبا فالبايع الوارث خصم في الكل فان خاصمه المشتري في النصفين جميعا
يحلف البايع في نصيبه على الثبات وفي نصيب المورث على العلم لان تحليف على فعل
الغير وان ادعى ان له علما بانتفا العيب زمان البيع وكذلك المتفاوضان اذا باعا عبدا
وغاب احدهما وتوفي الاخر ثم وجد المشتري به عيبا فالحاضر في نصيب نفسه يحلف على
الثبات وفي نصيب الغير على العلم وان ادعى ان له علما بذلك وفي كيفية تحليف البايع
طريقان احدهما ان يحلف بالله لقد سلمته بحكم هذا البيع وما به هذا العيب عندك
والثاني يحلف بالله ماله عليك الرد بهذا العيب الذي يدعي رجل ادعى ببيضا
اوجوزا او بطيخا او قثا او خيارا فوجده فاسدا فله ان يرده وياخذ الثمن كله
اراد بقوله خيارا القثد لانه ذكر في بعض نسخ هذا الكتاب قثا او قثدا قال شمس
الايمة الحلواني رحمه الله يريد بقوله فاسدا اذا وجده خاويا او خزا اي منتن اللب
ولو وجد البيض مذرة لانه ليس بمال فان وجده غير مكتتر اي قليل اللب يرجع بنقصان
العيب الا ان يرضى البايع ان ياخذه مكسرا قالوا ما ذكر في الكتاب يستقيم بالنص لانه
لا قيمة لقشره وكذلك في الجوز اذا لم يكن للقشر قيمة اما اذا كان للقشر قيمة بان كان
في موضع يعز فيه الحطب ويتخذ قشره وقودا فوجده خاويا وقال بعضهم يرجع
من الثمن بما يخص اللب ومنهم من قال يرد القشر ويرجع بجميع الثمن لان مالية الجوز
قبل الكسر باعتبار مالية اللب دون القشر فان كان اللب بحيث لا يمكن الانتفاع
به كان البيع باطلا واما اذا اشترى بيض نعام فوجدها مذرة بعد ما كسرها يرجع
بنقصان العيب عند بعضهم يفسد البيع وقال بعضهم يجوز لان ما لا يجوز
بيعه منها في معدنه ومظانه وماليته باعتبار مالية القشر فيصير بمنزلة
ما لو اشترى جارية وفي بطنها جنين ميت والجواب في القثا والبطيخ كالجواب
في الجوز في موضع يعز فيه الحطب لانه صالح لعلف الدواب واما القرع فالجواب
فيه كالجواب في البيضة المذرة فانه لا ينتفع به اصلا هذا اذا وجد الكل فاسدا
فان وجد البعض فاسدا قيل في الالف والالوف قدر العشرة عفو لان الكثير من الجوز

لايخلوعن مثل هذا وهو نظير التراب في الحنطة وما زاد على العشرة في حد الكثرة وفي البيض
اذا كانت مائة فقدر الثلاث منها عفو واذا اشترى عشر جوزات فوجد خمسا منها خاوية
عند ابي حنيفة يفسد العقد في الكل وعندهما يجوز فيما يخص ما لها لب بمنزلة ما لو جمع بين
عبد وحر في البيع وفصل في الثمن ولو اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض احدهما
ووجد بالاخر عيبا فانه ياخذهما او يردهما تحرزا عن تفريق الصفقة قبل التمام وان
وجد بالمقبوض عيبا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم له ان يرد المعيب خاصة لان
الصفقة تناهت في المقبوض وقال بعضهم له ذلك وهو الصحيح لان الصفقة
ان تناهت فيما صادفه القبض لم تتناه فيما لم يصادفه القبض فاذن يجوز التفريق
من وجه دون وجه فلا يجوز التفريق بالشك والاحتمال ولو قبضهما كان له
ان يرد المعيب خاصة قيل هذا في شيئين يمكن افراد احدهما بالانتفاع اما اذا
لم يكن كزوجي الخف ومصراعي الباب فانه يردهما او يمسكهما حتى قال شيخنا رحمه
الله اذا اشترى رجل زوجي ثور وقبضهما فوجد باحدهما عيبا وقد الف احدهما
الاخر بحيث لا يعمل دونه لا يملك رد المعيب خاصة فان كان المعيب مما يكال او
يوزن من نوع واحد فوجد ببعضه عيبا ليس له ان يرد المعيب خاصة سوا
كان قبل القبض او بعده اما قبل القبض فلا يشكل وبعد القبض كذلك بخلاف
الثوبين والعبدين والفرق ان المكيل والموزون كشي واحد من حيث التقدير
وان كان اشيا بحيث التحقيق لان المالية والتقوم من المكيلات والموزونات
باعتبار الاجتماع لان الحبة بانفرادها ليست لها صفة التقوم حتى لا يجوز بيعها
واذا كان كذلك كان الكل كشي واحد من حيث الحكم يجب ان يكون للمشتري خيار
عند استحقاق البعض كما في الثوب الواحد قيل له في المسألة روايتان عن ابي حنيفة
فيمنع على احدى الروايتين وعلى الرواية الاخرى ما يبقى بعد الاستحقاق على
ملك المشتري لا يتعيب بالاستحقاق وما يرده ههنا بالعيب يزداد تعييبه بتمييز
غير المعيب منه وعن الفقيه ابي جعفر رحمه الله جواب الكتاب محمول على ما اذا
كان الكل في وعا واحد اما اذا كان في اوعية مختلفة فالمعيب يرد وحده
بمنزلة الثوبين وبه اخذ شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده وكذلك اذا

اشترى

اشترى اللفايف ابريسم فوجد البعض من لفافة واحدة معيبا وان اراد ان يرد ما كان
معيبا من تلك اللفافة ليس له ذلك وان وجد لفافة منها معيبة له ان يردها
وبعضهم قالوا لا فرق بين الوعا والاوعية وبه اخذ شمس الايمة السرخسي رحمه الله
رجل اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة فركبها في حاجته
فهو رضا اما المداواة فلانه دليل استبقا الملك فيها واما الركوب لحاجة نفسه
فكذلك وكذا كل ركوب ليس للرد يكون فرق بين هذا وبين خيار الشرط لان خيار الشرط
شرع للاختيار والركوب مرة واحدة يحتاج اليه للاختيار فلو جعل اختيارا فاتما
هو المقصود من شرع الخيار وخيار العيب غير مشروع للاختيار وانما شرع لبيته للرد
واذا ركبها ليسقيها او ليعلفها القياس ان يكون رضا لانه تصرف للملاك فيكون
دليل الاختيار كما لو كان ركوبه لحاجة نفسه وفي الاستحسان لا يكون رضا
لان موضوع المسألة ما اذا كانت الدابة جموحا شموسا لا يمكن ضبطها الا بالركوب
كذا قاله محمد بن سلمة وابو القاسم الصفار وفي السير الكبير اشارة اليه فانه
قال اذا كان جوالق العلف واحد فركب لا يكون اختيارا لانه لا يستطيع حمله
الا بالركوب بخلاف ما اذا كان في الجوالقين فرق بين هذا وبين الاستخدام
فانه اذا استخدمه مرة بعد العلم بالعيب لا يكون رضا وكل واحد من الركوب
والاستخدام تصرف في المبيع ولهذا يصير غاصبا بالاستخدام كما يصير غاصبا
بالركوب والفرق ان الاستخدام ليس تصرفا في المحل ولهذا كان الركوب
غصبا في بعض الروايات فلو بطل حق الرد انما يبطل بالخدمة التي هي فعل
العبد وانما اخر الامرين فلا يبطل بها حق الرد رجل اشترى ثوبا فقطعه
ولم يخطه فوجد به عيبا رجع بالعيب فان قال البايع انا اقبله بذلك
له ذلك لان المبيع قايم ولهذا لا ينقطع حق المالك اذا وجد هذا من الغاصب
غير انه حدث به عيب بالقطع فلا يتمكن من الرد تحرزا عن الاضرار بالبايع
ويمكن بالرجوع من النقصان كما اذا احدث عنده عيب اخر فان قيل ما
الفرق بين هذا وبينما اشترى بعيرا فنحره فلما شق بطنه وجد امعاه فاسدة
لا يرجع بنقصان العيب عند ابي حنيفة وههنا قال يرجع بالنقصان قيل

له في الفرق بينهما ان النحر افساد بالمالية لانه بالنحر يصير عرضة للنتن
والفساد ولهذا لا يقطع بسرقته بخلاف قطع الثوب لانه ليس فيه افساد
المالية ولهذا يقطع السارق بسرقته فيختل معنى قيام المبيع في فصل
النحر دون القطع ثم الاصل في انتقاص المبيع في يد المشتري انه كان متى
كان بآفة سماوية او بفعل المشتري او بفعل الاجنبي ثم اطلع المشتري على
عيب كان عند البايع لا يرده بالعيب من غير رضا البايع لما في الرد من الاضرار
بالبايع لكن يرجع بالنقصان ان كان الانتقاص بآفة سماوية او بفعل المشتري
دفعا للضرر عن المشتري وللبايع ان يقول انا اقبله كذلك لان امتناع
الرد ههنا لدفع الضرر عن البايع وان كان النقصان بفعل الاجنبي حتى
وجب الارش ليس للبايع ان يقول انا اقبله كذلك لان امتناع الرد ههنا
لحق البايع من حيث ان الرد اضرار بالبايع ولحق الشرع باعتبار الربوا لانه
لا يمكن رد الارش لان العقد لم يرد عليه فلا يرد عليه الفسخ لان الاصل
اتحاد موردهما لكون الفسخ رفعا للعقد عن المحل الذي انعقد فيه الا في
موطن يعين الفسخ طريقا لاستدفاع الضرر كما اذا استهلك المبيع اجنبي
قبل القبض واختلفا في الثمن بعد هلاك المبيع عند محمد والفسخ فيما نحن
فيه لم يتعين طريقا لاستدفاع الضرر لامكان الرجوع بالنقصان واذا امتنع
الفسخ ههنا تعذر رد الارش ورد المبيع بدون رد الارش متعذر لان
الارش يبقى في يده بلا عوض في عقد المعاوضة فيكون ربوا لان الربوا
اسم لما يستحق بالمعاوضة بلا عوض يقابله هذا الذي ذكرنا في انتقاص
المبيع في يد المشتري له الزيادة في يده فنقول الزيادة نوعان متصلة
ومنفصلة والمنفصلة ضربان غير متولدة من المبيع كالصبغ والخياطة وانها
يمنعا الرد بالعيب بالاتفاق وليس للبايع ان يقول انا اقبله كذلك لانه لا
يمكن الفسخ لما ذكرنا ولهذا قلنا ان الزيادة المتصلة تمنع الرجوع في الهبة
لما ان الهبة لم ترد عليها فلا يمكنه ايراد الفسخ عليها قال شيخ الاسلام المعروف
بخواهر زاده في الباب الخامس من بيوع الجامع اذا اشترى ثوبا وخاطه ثم تقايلا

لا تصح

لا تصح الاقالة قال انما لا تصح اذا تقايلا على ان يكون الثوب للبايع والخياطة للمشتري
حتى لو رضي المشتري بان تكون الخياطة للبايع يقول انه يصح الاقالة وعلى قياس هذا
لو تراضيا على الرد على هذا الوجه وجب ان يجوز والضرب الثاني يتولد من المبيع كالسمن
والجمال وانها لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية لان فسخ العقد في الزيادة تمكن
ههنا تبعا للاصل لان الزيادة ههنا تمحضت تبعا للاصل باعتبار التولد والتفرع
بخلاف الارش والصبغ والخياطة اما الارش فلا تبعية لمكان الانفصال
ولعدم التولد والتفرع فاما الصبغ والخياطة فللوجه الثاني فان قال البايع
انا اقبله كذلك وابى المشتري ذلك كان للبايع ذلك عند محمد وعند ابي
حنيفة وابي يوسف ليس له ذلك لما في ذلك من ابطال حق المشتري في الزيادة
وصار هذا كالموهوب اذا ازداد زيادة متصلة وجه قول محمد ان حق البايع ههنا فيما
هو اصل وحق المشتري فيما هو تبع اعني به الزيادة فكان اعتبار الاصل
واهدار الزيادة اولى من الضد والعكس والدليل عليهما اسسنا لمحمد رحمه
الله مسئلتان احديهما ان الرجلين اذا تقابضا عبدا بجارية وتقابضا ثم
وجد مشتري العبد بالعبد عيبا وقد ازدادت الجارية زيادة متصلة في
يد المشتري فان له ان يرد العبد ويسترد الجارية وان كان في استرداد
الجارية ابطال حق المشتري في الزيادة لان حق المسترد في الاصل وحق
مشتري الجارية في الزيادة وهي تبع وكان ابطال حق صاحب التبع اولى
والمسئلة الثانية وهي ان مشتري الجارية اذا قبض الجارية ولم يسلم
العبد حتى هلك العبد قبل التسليم وفسد البيع في الجارية وكانت
قد ازدادت زيادة ان كانت الزيادة متصلة فلا سبيل له على الجارية
ابطال الحق المشتري في الزيادة لما اشرنا اليه والمسئلتان في كتاب النكاح
من مبسوط شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده والزيادة المنفصلة نوعان
متولد كالولد والثمر وانها تمنع الرد بالعيب والفسخ لانه لا سبيل الى فسخه
مقصودا لان العقد لم يرد على الزيادة ولا سبيل الى فسخه تبعا لانقطاع
التبعية بالانفصال وغير متولد من المبيع كالكسب وانه لا يمنع الفسخ

والرد بالعيب وطريقه ان يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة ويسلم الزيادة للمشتري
مجانا بخلاف الولد والفرق ان الكسب ليس بمبيع بحال ما لانه تولد من المنافع والمنافع
غير الاعيان ولهذا كان منافع الحر مالا وان لم يكن الحر مالا وكسب المكاتب
والمدبر لا يكون مكاتبا ولا مدبرا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا
يجوز ان تسلم له مجانا لما فيه من الربوا من الوجه الذي قلنا وفي فصل الخياطة
اذا باعه بعد ما علم بالعيب له ان يرجع بالنقصان وكذا الجواب في فصل الصبغ
والاصل في جنس هذه المسايل ان في كل موضع يكون المبيع قايما علي ملك المشتري
ويمكنه الرد برضا البايع اذا اخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب وفي كل
موضع يكون المبيع قايما علي ملكه ولا يمكنه الرد وان رضي به البايع فاذا اخرجه
عن ملكه يرجع بنقصان العيب ولهذا قلنا ان من اشتري ثوبا فقطعه لولده
الصغير وخاطه ثم وجد به عيبا لم يرجع بنقصان العيب لانه واهبا له بالقطع
مسلما اليه قبل الخياطة فلم يكن الرد ممتنعا قبل عمل الهبة ولو كان الولد كبيرا
رجع الي البايع بالعيب لانه لم يصر مسلما الا بعد الخياطة فكان الرد ممتنعا قبل
عمل الهبة • رجل اشتري عبدا قد سرق ولم يعلم فقطع في يد المشتري فله ان
يرده ويأخذ الثمن وقال ابو يوسف ومحمد ليس له ذلك لكنه يرجع بنقصان
العيب ما بين قيمته سارقا الي قيمته غير سارق وكذا لو اشتري عبدا حلال
الدم فقتل في يده فالحاصل ان ابا حنيفة اجري هذا مجري الاستحقاق
وعندهما هذا بمنزلة العيب لهما ان هلاك المبيع مضاف الي امر حادث في ضمان
المشتري فلا يجري مجري الاستحقاق كمن اشتري جارية حبلي فولدت
عنده وهلكت في نفاسها لا يضاف الموت الي سبب كان في يد البايع ولا يجري
مجري الاستحقاق حتي يرجع بالنقصان دون جميع الثمن وصار هذا كما اذا قطع
البايع يده او اجنبي اخر ثم باعه ثم مات في يد المشتري من القطع فانه لا
يرجع بجميع الثمن وان تلف بجناية كانت عند البايع وصار هذا ايضا كما اذا
زوج امته البكر من انسان ثم باعها من رجل وقبضها وهو لا يعلم بالنكاح
ثم وطيها الزوج في يد المشتري لا يرجع بنقصان البكارة وان كان زوالها بسبب

كان

كان عند البايع وهو النكاح وكذلك اذا اشتري عبدا محموما فلم يرد حتي مات من الحمي في يده
فانه يرجع بالنقصان دون جميع الثمن وان كان موته بسبب كان عند البايع وهذا لان
القصاص والحد لا يمنع نفاذ البيع ولا ملك المشتري حتي يصح اعتاق المشتري قبل القبض
واذا قتل في يد المشتري او قطع فقد عجز عن رده اما في القتل فظاهر واما في قطع اليد
فلان وجوب القطع عيب لانه جهة في نقصان المالية والامضا دناوة عيب حدث
في ضمان المشتري فيكون عاجزا عن الرد فكان له ولاية الرجوع بالنقصان
اعتبارا بما احصينا من المسايل ولابي حنيفة ان المبيع تلفه في يد المشتري بسراية
جناية كانت عند البايع فيجب ان ينتقض قبضه ويجعل كالهالك في يد البايع
قياسا علي العبد المغصوب اذا استرده المغصوب منه وقد صار حلال الدم في
يد الغاصب فاستوفي عند المغصوب منه فان المالك يرجع علي الغاصب بجميع
القيمة في القصاص والردة وبنصف القيمة في السرقة ولا يلزم ما اذا اشتري جارية
حبلي الي اخره لان هذا قولهما لا قول ابي حنيفة ولين سلمنا علي قول ابي حنيفة
فلان السراية ههنا ليست حقا لغير البايع فينقطع بالبيع ولا يلزم قطع البايع
والاجنبي لان السراية تنقطع بالبيع لانها حق البايع فتنقطع السراية ببيع
من له السراية بالبيع وبخلاف الامة اذا زوجها مولاها وهي بكر ثم باعها
ثم اقبضها الزوج في يد المشتري لان البكارة لا تستحق بدليل ان من اشتري
جارية فوجدها ثيبا لا يتمكن من الرد ونحن انما قلنا ما قلنا فيما يستحق
بالبيع لا بالشرط ولا يلزم ما اذا اشتري عبدا محموما لان العبد لا يموت من الحمي
انما يموت بضعف يعتريه عند الموت وهذا الضعف لم يكن عند البايع ولا كذلك
فيما نحن فيه وهذا ايضا يصلح جوابا فيما اذا اشتري جارية حبلي لان الجارية
انما تموت عند الولادة او بعدها بالمخاض والام الولادة وهي لم تكن للبايع هذا اذا
سرق عند البايع لا غير فان سرق عند المشتري ايضا فالجواب عندهما لا يختلف وعند
ابي حنيفة لا يرده بغير رضا البايع لان القطع ههنا بالسرقتين بدليل بطلان العصمة
فلم يكن الفوات مضافا الي سبب كان عند البايع من كل وجه وان قبله البايع
فكذلك يرجع المشتري علي البايع بثلاثة ارباع الثمن اما بنصف الثمن فلرده

نصف الثمن والنصف الذي فات بالقطع اضيف الي الطرفين فانقسم عليهما نصفين
فيكون نصف هذا النصف فوات بسبب كان عند البايع فلهذا يرجع
بثلاثة ارباع الثمن ثم قال في الكتاب ولم يرجع المشتري فان علم المشتري
لم يرجع بشي عندهما لانه بمنزلة البيع عندهما وعند ابي حنيفة في الصحيح من الجواب
يرجع لانه بمنزلة الاستحقاق فان تداولته الايدي ثم قطع عند الاخير
عندهما الحكم في هذا كالحكم في العيب وعند ابي حنيفة الحكم في هذا كالحكم
في الاستحقاق حتي ان الباعة يتراجعون فيما بينهم فان اعتقه المشتري ثم
قتل او قطع فعندهما يرجع بنقصان العيب وعند ابي حنيفة لا يرجع
في قول في امتناع الفوات بالقتل لمكان الفوات قبله وفي قول له ان يرجع
بنا علي نكتة حررها بعض مشايخنا رحمهم الله لابي حنيفة وهي ان العبد
الذي هو مباح القتل لا قيمة له لان القيمة عبارة عن العز والعزة بالتمول
والادخار الي زمان الحاجة وهو منتف ههنا فلم يكن مالا فكان بمنزلة الميتة
والدم فتقيل علي قياس هذا كان له ان يرجع رجل اشتري عبدا فاعتقه ثم
وجد به عيبا وقوله رحمه الله في الكتاب فان اعتقه صاحب الصغير فيه عبد
لم يستحق قتله فلم يكن هذا تفريعا علي تلك المسلة بل هي مسلة مبتداة فنقول
ان كان الاعتاق بلا مال لا يرجع بالنقصان قياسا وهو قول الشافعي وفي الاستحسان
يرجع وهو قول علمائنا رحمهم الله وجه القياس ان امتناع الرد ههنا لصنع كان
من المشتري فلا يكون له حق الرجوع بالنقصان وان لم يكن له علم بكونه معيبا
كما لو باعه او وهبه او اعتق علي مال او كاتبه او قتله وجه الاستحسان
انه لم يصل اليه عوض الجزء الفايت بهذا التصرف ولم يوجد منه الرضا بالعيب
لا نصا ولا دلالة فكان له حق الرجوع كما لو تعيب عنده بعيب اخر اما عدم
وصول العوض اليه فظاهر وكذلك عدم الرضا به نصا واما عدم الرضا به
دلالة فلان المعني من الرضا دلالة التشبث بالمبيع مع امكان الرد وفيما نحن
فيه امكان الرد غير ثابت وان كان له تعلق بالمبيع من حيث استحقاق الولا
بخلاف ما لو باعه او وهبه لانه وجد التشبث بالمبيع بعد العلم بالعيب حال

امكان

امكان الرد اما التشبث بالمبيع فلانه يسلط علي التشبث به من سلطة المشتري
عليه وهو المشتري الثاني او الموهوب له وامكان الرد ثابت بالفسخ او بالرجوع
فان قيل يشكل هذا بما اذا اشتري ثوبا وخاطه ثم علم بالعيب فانه يرجع بالنقصان
وان كان متشبثا بالمبيع مع امكان الرد فان امكان الرد ثابت بفتق الخياطة كما ان
الامكان هنا ثابت بفسخ البيع والرجوع في الهبة قيل له المعني من امكان الرد امكا
الرد بلا ابطال مالية علي نفسه وامكان الرد علي هذا الوجه ثابت في البيع والهبة
غير ثابت في فصل الخياطة لما في الفتق من ابطال مالية الخياطة وبخلاف ما لو
اعتق علي مال او كاتب لانه وصل اليه عوض الجزء الغايب لان العوض يقابل جميع
الاجزا ما فات منها وما بقي لان حقه قايم في الكل فاذا ازاله بعوض كان العوض
بازا الكل ويتضح هذا بما اذا باعه المشتري من اخر ثم ان المشتري الثاني وجد به
عيبا قديما وقد امتنع الرد بسبب من الاسباب فانه يرجع بالنقصان ولو لم يكن شي من
العوض مقابلا بالجزء الفايت لما كان له ولاية الرجوع بالنقصان او لما كان له
ولاية الرد اذا لم يكن هناك مانع من الرد وهذا دليل علي ان العوض مقابل
بالكل واذا وصل اليه عوض الجزء الفايت مرة لا يكون له ان ياخذ عنه
العوض مرة اخري وهذا التخريج يتاتي في البيع ايضا ويمكن ان يقال في
الهبة يد الموهوب له يد الواهب لكون الهبة تحويلا لليد علي ما ياتي في هبة
الزيادات ان شا الله تعالي وهذا بخلاف ما اذا قتله لانه وصل اليه
العوض من حيث المعني لان القتل سبب الضمان ولو وجد في ملك
الغير وانما سقط عنه الضمان باعتبار ماله من الملك فيه فيجعل سقوط الضمان
عنه بسبب الملك وقد زال عنه الملك بالقتل اعتياضا عن الملك بخلاف الاعتاق
بلا مال لان الاعتاق في ملك الغير لا يوجب الضمان بحال وعلي قولهما العتق
في نصيب الساكت يثبت بطريق السراية والتعدي لا بالاعتاق وعلي ما عرف
في مكاتب الزيادات غير ان هذا يشكل بما لو اشتري ثوبا فقطعه ثم وجد
به عيبا وابي البايع ان يقبله كذلك فانه يرجع بالنقصان وان كان القطع
سبب الضمان بدليل ان المالك يتمكن من تضمين الغاصب بالقطع غير ان ما

ذكرنا من الفرق بين قطع الثوب وبين نحر البعير يأتي ههنا ايضا وقال في الكتاب
لان الاعتاق انهاء للملك فالانهاء مقرر لا اتمام قال صدر الاسلام ابو اليسر رحمه الله
في وصوله الانهاء غير الانفساخ فهي اشياء ثلاثة ارتفاع وانفساخ وانتهاء وكل
واحد منها غير صاحبيه فالانفساخ والانتقاض نظيران وانما ذكر الانهاء في الكتاب
لبيان نفي الازالة والاعتياض لان الازالة تمنع الرجوع كالهبة ونحوها والاعتياض
كذلك كالبيع ونحوه وانما كان الاعتاق انهاء للملك لان الملك في العبد يثبت الى
غاية الاعتاق كما ان الملك في محل الحياة يثبت الى غاية الموت وعن ابي حنيفة
في الاعتاق على مال يرجع لكونه انهاء للملك والاصل الذي يدور عليه الفصل ان
الاعتياض مانع من الرجوع والازالة ايضا مانعة من الرجوع فاستدامة الملك
في المبيع مع امكان الرد بلا ابطال المالية مانعة ايضا كالقطع بدون الخياطة
وان كان في الرد ابطال المالية لا يمنع الرجوع بالنقصان كالخياطة ونحوها
قال رضي الله عنه وهذا اصل استخرجته بعد طول التجشم ولو استقريت هذه
المسائل انتفع لك هذا الاصل رجل اشترى عبدا ثم باعه من رجل ثم ان المشتري
الاخير وجد به عيبا فرده على المشتري الاول ان رده قبل القبض بقضاء او
رضا فللمشتري الاول ان يرده على بايعه لوجهين احدهما يعم العقار وغيره
والثاني يخص غيره اما الاول فلان التصرف قبل القبض تصرف استدفاع وامتناع
من القبض وولاية الاستدفاع عامة فيظهر اثرها في الكل وكذا لا يفتقر الى قضاء
القاضي كخيار الشرط وخيار الرؤية والثاني ان الرد قبل القبض تعذر اعتباره
بيعا جديدا في المنقول لان المنقول لا يجوز بيعه قبل القبض فاعتبرناه
فسخا في حق الكل فعلى قياس هذا لا يرد المشتري الاول العقار لان العقار
يجوز بيعه قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف ونص محمد في كتاب الشفعة
في باب الشهادة بالشفعة انه لا يعتبر بيعا جديدا قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر
زاده ما ذكر في الشفعة قول محمد رحمه الله لان بيع العقار قبل القبض لا يجوز عنده
اما عندهما فيعتبر بيعا جديدا لان بيع العقار قبل القبض يجوز عندهما وقيل ما
ذكر في كتاب الشفعة قول الكل اولا لانهما كانا يقولان اولا بما قاله محمد وان كان

المشتري

المشتري الاخر قبض العبد ثم رده على المشتري ان رده برضا المشتري الاول فالمشتري
الاول لا يرده على بايعه لان الرد بعد القبض متى كان عن تراض كان بيعا جديدا
في حق الثالث وهذا لان الرد فسخ العقد حقيقة لا اجابة ولهذا قيل العقد
لا ينعقد بصفة الرد غير انه متى كان بالتراضي كان ركن البيع موجودا وهو التمليك
والتملك عن تراض فيعتبر فسخا في حقهما عملا باللفظ لانهما جعلاه فسخا وبيعا
جديدا في حق الثالث عملا بالمعنى ولهذا يتجدد للشفيع حق الشفعة لانه
ثالثهما فان قيل ما ذكرتم من التعليل بمسئلتين احدهما ما ذكره شيخ الاسلام الاسبيجابي
في صلح المبسوط ان من اشترى شيئا وباعه من اخر وسلمه اليه ثم انهما تقايلا البيع فيما بينهما
ثم ان المشتري الاول وبايعه تقايلا ايضا صحت الاقالتان جميعا والاقالة الاولى لو كانت
فسخا في حق المتعاقدين بيعا جديدا في حق الثالث لما صحت الاقالة الثانية اعتبارا
بما لو اشتراه من المشتري الثاني ثم تقايل وبايعه لا تصح الاقالة والثانية ما روي عن
محمد رحمه الله فيمن اشترى دينارا بدراهم وقبض الدينار وباعه من ثالث ثم وجد به
المشتري الاخير عيبا فرده على المشتري الاول بغير قضاء كان للمشتري الاول ان
يرده على بايعه ولو كان بيعا جديدا لما كان له الرد قال محمد وليس هذا كالعروض
قيل له اما المسئلة الاولى فالاقالة الاولى فسخ بالنسبة الى المشتري الاول بيع
جديد بالنسبة الى البايع الاول فتصح الاقالة الثانية باعتبار كون الاولى فسخا
في حق المتعاقدين ولا يصح باعتبار كون الاولى بيعا جديدا في حق الثالث فيصح
في حال دون حال فيجب تصحيحها على كل حال لان تصرف الانسان واجب التصحيح
بقدر الامكان على ما قيل في مسئلة الاكراه واما المسئلة الثانية فلان النقود لا
تتعين في العقود فكان العقد واردا على دينار في الذمة ولهذا لو باع دينارا
وهو لا يملك دينارا جاز وانما يثبت الملك في المعين باعتبار القبض وقد انتقض
القبض فيه بالرد فعاد الدينار الى قديم ملكه فكان له ان يرده وفي العروض الملك
ثبت بالعقد عينا والاقالة عقد جديد في حق الثالث الى اخر ما قلنا ونظيره
ما ذكره في الفتاوى الكبرى في كتاب الصلح رجل له على اخر دراهم جياد
فقضى زيوفا وقال له انفقها فان لم تروج فردها علي ففعل فلم ترج فله

ان يردها استحسانا بخلاف ما لو كان مكانها عروض والمسلة بحالها لا يرد والفرق
ان المقبوض من الدراهم ليس عين حق القابل بل هي من جنس حقه بحيث لو
تجوز به يجوز وصار عين حقه فاذا لم يتجوز نفيت علي ملك الدافع فصح امر الدافع
القابض بالتصرف فيها فكان عرض القابض الدراهم المقبوضة تصرفا منه في ملك
الغير باذن المالك فلا يسقط حقه ومشتري العين وان كانت معيبة فكان العرض
والاباقة منه تصرفا في المبيع لنفسه وذلك يوجب سقوط خياره وان كان الرد بقضا
القاضي فهو علي ثلاثة اوجه اما ان يكون الرد بالبينة او بنكول المشتري الاول
او باقراره فان كان الرد بالبينة كان له ان يرده علي بايعه لان الرد بالبينة فسخ في
حقهما وفي حق من عداهما لان تعذر اعتباره بيعا جديدا في حق من عداهما
لانتفا الرضا فكان بمنزلة الرد قبل القبض ولكن هذا التقدير ينتقض بمسايل
منها ان المبيع كان عقارا لا يبطل حق الشفيع في الشفعة وان كان الرد بالعيب بالبينة
والثانية ان الرجل اذا باع امته الحبلي من رجل وسلمها اليه ثم ان المشتري طعن
فيها بعيب فردها بقضا القاضي ثم ولدت ولدا ثم ادعاه ابو البايع لا تصح الدعوة ولو كان
الرد بالبينة فسخا للعقد من كل وجه لصحة الدعوة والثالثة رجل باع عبدا من
انسان ثم احال بالثمن علي المشتري غريمه ثم ان المشتري رده بالعيب بقضا
القاضي لا تبطل الحوالة ولو كان الرد بالبينة فسخا للعقد من كل وجه لبطلت الحوالة
والجواب عنه ان نقول قالوا ذكر محمد رحمه الله في مواضع ان بالرجوع في الهبة يعود
الموهوب الي قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضي الا تري ان من وهب مال
الزكاة لرجل قبل الحول وسلمه اليه ثم رجع في هبته بعد الحول فانه لا يجب علي
الواهب زكاة ما مضي من الحول وكذلك الرجل اذا باع دار الاخر وسلمها اليه
ثم بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب فيها لم يكن له ان ياخذها بالشفعة ولو
عاد الموهوب الي قديم ملك الواهب فيما مضي وجعل كان الدار لم تزل عن ملك
الواهب لكان له الاخذ بالشفعة اذا ثبت هذا الاصل تخرج عليه ما
احصينا من المسايل اما المسلة الاولي وهي مسلة الشفعة فلان حق الشفيع
كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضي وكذلك المسلة

الثانية لان الاب انما تصح دعوته باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق
وانه معني سابق علي الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيه وكذلك
المسلة الثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها لانها
سابقة علي الرد قال شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده رحمه الله قول القايل
الرد بقضا القاضي فسخ العقد وجعل له كان لم يكن كلام متناقض متعارض لان
العقد اذا جعل كان لم يكن جعل الفسخ كان لم يكن لانه فسخ العقد بدون العقد
لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام
ما ينافيه فيتمكن في هذا الدعوي دور ونا قض من هذا الوجه لكن يقال
العقد جعل كان لم يكن علي التفسير الذي قلنا واما اذا رد عليه بالنكول
او باقراره بقضا قاض فان اقر بالعيب ثم ابي القبول فكذلك الجواب عندنا
لتعذر اعتباره بيعا جديدا لمكان الاضطرار نظرا الي اجبار القاضي اياه
علي القبول وقال زفر لا يعتبر فسخا في حق البايع الاول حتي لا يرد عليه
بعض مشايخنا قالوا الجواب في فصل البينة والنكول محمول علي ما اذا كان
المشتري ساكتا فان البينة علي الساكت مسموعة والساكت يستحلف ايضا
لانه لم يزل منكرا فاما اذا انكر المشتري الاول كون هذا العيب عنده ثم كان الرد
بالنكول او بالبينة علي قول محمد ليس له ان يخاصم بايعه لمكان التناقض وعلي قول
ابي يوسف له ذلك لتكذيب القاضي اياه بالبينة وصار هذا كما قيل في الشفعة
اذا قال المشتري ثمن الدار الف واخذها الشفيع بالف ثم ان البايع اقام البينة
علي ان الثمن الفان وقضي القاضي علي المشتري بالفين رجع المشتري علي الشفيع
بالالف الاخري وان كان جاحدا لهذه الزيادة لبطلان الجحود بقضا القاضي
وعامتهم علي انه ان سبق منه الجحود نصا بان قال بعتها وما بها هذا العيب
وانما حدث عندك ثم اقر به بعد ذلك وابي القبول والقاضي اجبره علي القبول
لم يكن له ان يخاصم بايعه والرد علي الوكيل رد علي الموكل حتي لا يحتاج الي
خصومة الموكل لاتحاد العقد والرد علي البايع الثاني لا يكون ردا علي البايع
الاول لتعدد العقد ويستوي الجواب ما يحتمل الحدوث وما لا يحتمل وان رد

عليه باقراره بغير قضا القاضي بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه
وعلي قياس ما ذكر في بعض روايات البيوع له حق الخصومة لما نبين في الباب
الذي يليه ان شا الله تعالي **باب الوكالة في البيع والشرا** رجل
دفع الي رجل دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو علي الحنطة والدقيق وفي الاصل
زاد الخبز عليهما وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز الا بالتعيين لان اسم
الطعام ينتظم كل مطعوم يكون كما اذا حلف لا ياكل طعاما او يقول التوكيل بالبيع
والشرا معتبر بنفس البيع والشرا وذا لا يجوز الا ببيان وصف المعقود عليه وكان
بشر المريسي ياخذ بالقياس الا ان نزل به ضيف فدفع دراهم الى انسان ليا تي
بالروس المشوية فجعل يصفها له فعجز عن اعلامها بالصفة فقال اصنع ما بدا لك
فذهب الرجل واشتري الروس وحملها الي عياله وعاد الي بشر بعد ما اكلها مع عياله فقال
له بشر اين ما قلت لك فقال قلت لي اصنع ما بدا لك وقد بدا لي ما فعلت فرجع
عن قوله واخذ بالاستحسان وجه الاستحسان ان الطعام متي ذكر مقرونا
بالشرا فانما يراد بها الحنطة ودقيقها في عرفهم يدل عليه ان لو حلف لا يشتري طعاما
لا يحنث الا بشرا الحنطة ودقيقها ثم ان قلت الدراهم بحيث لا يشتري بمثلها
عادة الا الخبز كان وكيلا بشرا الخبز وان كثرت الدراهم فليس له ان يشتري بها
الخبز لان ادخاره غير ممكن لانه يتكرج بمرور الزمان الا اذا كان الموكل
صاحب وليمة فحينئذ يعلم ان مراده الخبز وجعل الدقيق في احدي الروايتين
بمنزلة الخبز لانه قلما يدخر فلا يشتري به اذا كثرت الدراهم وفي الرواية
الاخري جعله كالحنطة لانه قد يدخر ولو قال اشتر لي حنطة ولم
يدفع اليه الدراهم لا يجوز لانه لم يبين له المقدار في المكيلات والموزونات
جهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر علي تحصيل مقصود الموكل بها
سمي ولو امر رجلا ببيع داره فباع نصفها فهو جايز وقال ابو يوسف ومحمد لا
يجوز حتي يبيع النصف الاخر واذا امره بشرا داربعينها فاشترا نصفها
لم يجز واصل ذلك ان ابا حنيفة يعتبر العموم في التوكيل بالبيع ويعتبر
المتعارف الذي لا تهمة فيه في التوكيل بالشرا وقالا هما سوا ووجه قولهما

ان بيع

ي
ان بيع النصف يضر بالموكل فيما بقي لان التشقيص عيب لان الاشقاص لا تشتر
بما تشتري به الاشقاص الا ان يبيع ما بقي قبل الخصومة فحينئذ يجوز لان
التضرر قد زال والمقصود قد حصل وابو حنيفة يقول الوكيل قايم مقام
الموكل والموكل يملك بيع الشقص كما يملك بيع الاشقاص فكذلك الوكيل لان اعتبار
الجزء بالكل اعتبار صحيح وما زاد علي هذا من التضرر يرد الفرقة بين التوكيلين
تاتي في كتاب الوكالة من هذا الكتاب ان شا الله تعالي وفي مسلة التوكيل
بشرا داربعينها اذا اشتري نصفها لم ينفذ علي الامر عندهم جميعا فان اشترا
النصف الباقي قبل ان يختصما فالشرا في الكل يقع للوكيل وبه اخذ زفر لانه لا يمكن
تنفيذ علي الموكل ولا يمكن توقيفه ايضا لان الشرا لا يحتمل التوقيف فتعين
التنفيذ علي الوكيل وعلماونا رحمهم الله قالوا ان الموجود من الوكيل اعني به شرا
النصف يحتمل الخلاف لجواز انه قصد شرا النصف لا غير ويحتمل الوفاق لانه
يجوز انه فعل هذا ليمكنه شرا هذه الدار باقل الاثمان لان الاشقاص تشتري
باوكس الاثمان واذا احتمل الامرين جميعا يتعذر التنفيذ علي كل واحد منهما
فتعين التوقف والشرا انما لا يحتمل التوقيف اذا لم يكن للغير حق متعلق به
اما اذا كان فلا وذكر في النوادر ان الوكيل اذا اشتري النصف توقف شراوه
علي رضا الموكل عند ابي يوسف حتي لو كان عبدا واعتقه الوكيل عن نفسه لا يجوز
ولو اعتقه الموكل عن نفسه جاز وعند محمد يصير الموكل مشتريا لنفسه حتي لو اعتقه
جاز عتقه الا ان يشتري ما بقي فحينئذ يتحول الي الامر لابي يوسف ان القدر الذي
حصل بشرا الماموز من جملة مقصوده لكنه معيب بعيب الشركة فيقع تصرف
الوكيل له ويثبت له الخيار المعيب فاذا اعتق كان اعتاقه اسقاطا لخياره فينفذ
العتق عليه لمحمد الوكيل يخالف امر الموكل لان الماموربه شرا العبد والاتي به
شرا نصف العبد ونصف العبد ليس بعبد لكن عرضية الوفاق بشرا ما بقي ثابتة
يقبل تحقق الوفاق كان الخلاف ظاهرا فكان مشتريا لنفسه فينفذ عتقه
فرق محمد رحمه الله بين هذا وبين الوكيل بالشرا بالف اذا اشتري بالفين
يتقرر شراوه لنفسه حتي انه وان حط البايع احدي الالفين لا يصير الشرا

للموكل وههنا لو اشترا ما يبغي قبل الخصومة كان الشرا للموكل والفرق ان عرضية الوفاق
هنالك باعتبار ما لم يبتنا وله عقد الوكالة وهو حط الالف الزايد فلم يعتبر وههنا
عرضية الوفاق باعتبار ما تناولته الوكالة وهو شرا النصف الباقي فاعتبرت رجل
امر رجلا بشرا عبد بالف درهم فقال قد فعلت ومات عندي وقال الامر اشتريت
لنفسك فالقول قول الامر والمسلة علي وجه اما ان يكون مامورا بشرا عبد بعينه
وكل وجه علي وجهين اما ان يكون الثمن منقودا او غير منقود لانه اخبر
عما يملك استينافه والمخبر به في الثبوت والتحقق يستغني عن الاشهاد فيصدق
كما لو قال لمطلقته راجعتك وهي في العدة بعد وكذبته فالقول قوله لما قلنا
وبما ذكرنا من الوصف وقع الانفصال عن الولي اذا اقر علي وليته بالنكاح حيث
لا يثبت النكاح عند ابي حنيفة وان اخبر بما يملك الاستيناف وان اخبر بذلك
والعبد ميت فقال هلك عندي بعد الشرا وانكره الموكل فان كان الثمن غير
منقود لا يصدق لانه اخبر عما لا يملك الاستيناف وفيه ايجاب ضمان الثمن
علي الموكل وان كان منقودا فالقول قول الوكيل مع اليمين وان اخبر عما لا يملك
الاستيناف لان من اخبر عما لا يملك الاستيناف انما لا يصدق اذا في وطي اخباره
ايجاب الضمان علي الغير اما اذا كان فيه انكار الضمان علي الغير فلا وفيما
نحن فيه انكار الضمان علي نفسه فيصدق وان امره بشرا عبد بغير عينه
فاخبر الوكيل بالشرا فان كان العبد في الاحيا واختلفا فقال المامور اشتريته
لك وقال الامر بل هو عبدك فان كان الثمن منقودا فالقول قول المامور فانه
اخبر عما يملك استينافه للحال وفي طيه انكار الضمان علي نفسه لا ايجاب
الضمان علي الغير وان كان الثمن غير منقود فالقول قول الامر عند ابي حنيفة
وقالا القول قول المامور لانه اخبر عما يملك الاستيناف وصار هذا كما اذا امره
بشرا عبد بعينه وابو حنيفة يقول انه مامور بشرا عبد بغير عينه والمامور
بشرا عبد بغير عينه كما يملك الشرا للامر يملك الشرا لنفسه فتقدير الشرا لنفسه
اخبر عما لا يملك الاستيناف ولعله اشتراه لنفسه فلما لم يعجبه احال بالشرا علي
الموكل وفي هذا ايجاب الثمن علي الموكل باخباره المحتمل فلا يملك ذلك بخلاف ما

اذا

اذا كان العبد بعينه لانه لا يملك الشرا لنفسه فان كان الشرا موجودا كان الشرا
للموكل لا محالة وان لم يكن موجودا فقد اخبر عما يملك الاستيناف وفيما نحن فيه ان كان
الشرا موجودا لم يكن واقعا للموكل لا محالة والاستيناف لا احتمال وقوعه للوكيل من
الوجه الذي قلنا وان كان العبد هالكا وهي مسلة الكتاب فان كان الثمن غير منقود
لا يصدق لانه اخبر عما لا يملك الاستيناف وفي طيه ايجاب الضمان علي الموكل وان كان
الثمن منقودا يصدق الوكيل لما ذكرناه انفا • رجل قال لغيره بعني هذا العبد
لفلان فباعه ثم انكر المشتري ان يكون فلان امره بذلك ثم جا فلان يدعي الامر
بذلك فانه ياخذه لان قوله بعني هذا العبد لفلان اعتراف منه بالوكالة فوقع
الشرا لفلان وكان له ان ياخذه فان قيل قوله بعني هذا العبد لفلان يحتمل ان
يكون معناه بشفاعة فلان كما قال محمد رحمه الله في كتاب الشفعة ولو ان
اجنبيا طلب من الشفيع تسليم شفعته هذه الدار فقال الشفيع سلمتها
لك بطلت الشفعة استحسانا لانه قال سلمت هذه الشفعة لاجلك قيل
له اللام للتمليك ولهذا لو قال الشفيع ذلك غير مسبوق بسوال التسليم لا يبع
التسليم وينتقض ما قلنا بما قدمناه ذكره في الايمان اذا قال بعت ثوبا لك وانما حمل علي
الاسقاط فيما ذكر لكونه مسبوقا بسوال الاسقاط وما نحن فيه ليس كذلك ولو قال
فلان لم امره بذلك لم يكن له ان ياخذه الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا مبتدا
وتكون العهدة عليه وهذا بيع بالتعاطي وبهذا تبين ان البيع بالتعاطي
كما ينعقد باخذ واعطا فينعقد بالتسليم علي جهة البيع وقيل انما ينعقد
بتسليم المبيع كما هو المذكور ههنا لا بتسليم الثمن لان المبيع يستفاد بالبيع وانه
اصل وبالشرا يستفاد الثمن وانه تبع رجل امر رجلا ببيع عبده فباعه
الوكيل من رجل وسلمه اليه وقبض الثمن او لم يقبضه فرده المشتري عليه
بعيب لا يحدث مثله ببينة او باباء يمين فهو لازم وان رده بالاقرار لم
يلزم الموكل لكن له ان يخاصم الموكل ويلزمه ببينة او بنكول فان قيل اذا كان
الرد بالاباء يجب ان لا يلزم الموكل كمن اشترى شيا وباعه من غيره ثم ان المشتري
منه وجد به عيبا فرده عليه بنكوله لم يكن له ان يرده علي بايعه قيل له الوكيل

مضطر في النكول لان المبيع قد يكون معيبا وقد يكون سليما فلم يكن التوكيل دليل
السلامة عن العيب فلا يسع الوكيل التجاسر على اليمين بخلاف البيع لانه دليل
الملك لان الانسان انما يملك ماله ولاية التمليك فيسعه اليمين فكان المشتري الاول
مختارا في النكول فلم يكن له ان يرده على بايعه هذا اذا كان الرد بقضا فان كان
بغير قضا باقرار الوكيل ليس للوكيل ان يخاصم الموكل والفرق ان الرد لما حصل بتفا
العقد اعتبر بيعا جديدا لعقد التراضي غير انه حصل بدليل قاصر اعني به الاقرار
فمن حيث انه فسخ كان للوكيل ان يخاصم الموكل ومن حيث ان الاقرار دليل قاصر وهو فيه
مختار لزم الوكيل الا ان يكون له حجة على ما اقر به من بينة او نكول ومتى كان الرد
بغير قضا كان فسخا بالتراضي فامكن اعتباره بيعا جديدا في حق الثالث وبطل حق الخصومة
فان قيل اذا كان الرد باقرار الوكيل بغير قضا يجب ان يكون له ولاية الرد على الموكل
كما قيل في الاجارة فان الوكيل بالاجارة اذا اجر وسلم ثم طعن المستاجر فيه بعيب
فقبل الوكيل بغير قضا فانه يلزم الموكل ولم يعتبر اجارة جديدة في حق الموكل حتى يصير
كان الوكيل استاجره من المستاجر وذلك جايز اذا فعل قيل له في الفرق بينهما
من اصحابنا من قال لا فرق بينهما في الحقيقة لان المعقود عليه في الاجارة لا يصير
مقبوضا بقبض الدار ولهذا لو تلف بانهدام الدار كان في ضمان الاجر فيكون بعض من
المبيع بمنزلة ما لو قبله الوكيل بالعيب بغير قضا قبل وهناك يلزم الامر فكذا في الاجارة
قال شمس الايمة السرخسي وفي الكتاب علل للفرق بين الفصلين وقال لان فسخ الاجارة
ليس باجارة ومعنى ان هذا ان القبول بالعيب بغير قضا القاضي في البيع يجعل بمنزلة
عقد مبتدا في حق غير المتعاقدين والموكل غيرهما وفي الاجارة لا يجعل هكذا لانه على
احدى الطريقتين الاجارة في معنى عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث
من المنافع فبعد الرد بالعيب يمتنع الانعقاد لا ان يجعل ذلك عقدا مبتدا وعلى
الطريقة الاخرى العقد منعقد باعتبار اقامة الدار مقام المعقود عليه وهو
المنفعة وهذا حكم قد ثبت بالضرورة فلا يعدو موضعها ولا ضرورة الى ان يجعل
الرد بالعيب عقد ابتدا التقادم رقبة الدار مقام المنفعة هذا اذا كان عيبا
يحدث مثله اما اذا كان عيبا لا يحدث مثله والرد بغير قضا باقرار الوكيل فقد

ذكر

ذكر في عامة روايات المبسوط انه يلزم الوكيل ولا يخاصم الموكل وذكر في كتاب البيوع
انه يلزم الموكل من غير خصومة ووجه الروايتين ما ذكر في الكتاب رجل قال لعبد
اشتر لي نفسك من مولاك فقال نعم وقال للمولى بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو
للامر ولو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شرا
نفسه من مولاه لان الشرا جوازه باعتبار المالية والعبد فيه مالية وهو بمعزل عنها لتمحضها
حقا للمولى والعبد اهل للتملك للغير وتلك المالية محل للتملك فيصح التوكيل بالتملك الا انه
اذا اضاف الشرا الى الموكل صارت المالية للموكل ومتى اضاف الشرا الى نفسه او اطلق عتق
العبد فيكون الشرا حينئذ مقبولا للعتق لان بيع العبد من نفسه اعتاق واما اذا
اطلق فكذلك لان المولى اذا باع نفسه منه ليكون له ولاؤه لما نبين ان شا الله تعالى
وعلى تقدير صيرورته ملكا للموكل يفوت هذا الغرض فيحمل هذا المقصود فان قيل
العبد ههنا وكيل بشرا شي بعينه لا يملك الشرا لنفسه وهذا في فصل الاطلاق
اظهر وابين قيل له هذا هكذا اذا لم يتنوع التصرف بان كان كل واحد منهما شرا اما
اذا تنوع بان كان احدهما هبة والاخر شرا فلا وما نحن بصدده الموجود من العبد
بتقدير الاضافة الى الموكل شري وبتقديري الاطلاق والاضافة الى نفسه قبول
للاعتاق والدليل على هذا انا اجمعنا على انه اذا باع نفس العبد من العبد ومن اجنبي
بطل البيع من الاجنبي لكونه جمعا بين البيع والاعتاق وانما يكون جمعا بينهما اذا
كان البيع من العبد اعتاقا فلهذا التنوع كان الشرا للعبد دون الموكل وفيما اذا
اضاف الشرا الى الموكل كان الثمن في ذمة العبد حتى يكون مطالبا به لان العاقد يرجع
به على الامر هكذا ذكر في الجامع فان قيل العبد كان محجورا عليه والعبد المحجور عليه اذا
توكل عن غيره بالشرا لا ترجع الحقوق اليه قيل له زال الحجر ههنا بالعقد الذي باشره
مقترنا باذن المولى واذا اراد المولى احتباس العبد لاستيفا الثمن لم يكن له ذلك لانه
ماليته في يده لكونه ماذونا له وصار هذا كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي بحضرته
لم يكن للبايع احتباسها لاستيفا الثمن والموجود من العبد بتقدير الاضافة الى الموكل انما
يفيد الملك للموكل اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني
نفسي لفلان فقال بعت فانما يتم البيع بقبول العبد بعد ذلك قبلت وفيما اذا وقع

الشرا للعبد يتم العقد بقول المولي بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي هكذا ذكر في الجامع
بنا علي ان الواحد يتولي طرفي الاعتاق علي مال اذا كان المال مقدرا ولي يتولي طرفي
البيع وان كان المال مقدرا وفي الكتاب اشارة الي انه يتم بقول المولي بعت لانه قال
مفعل وذكر شمس الايمة السرخسي في نكاح المبسوط • رجل كتب الي غيره ان بعني
كذا بكذا فقال بعت تم البيع وان لم يقل المشتري اشتريت لان قوله بعني في الكتاب
احد شرطي العقد فاذا انضم اليه الشرط الثاني تم البيع وفي الحاضر يكون استيماما وفي
اشارة الجامع قلنا • رجل وكل رجلا بقبض مال وغاب فادعي الغريم ان صاحب المال قد
استوفاه فانه يدفع المال الي الوكيل ويتبع رب المال فيستحلفه جمعا بينهما وان وكله
بعيب في جارية وغاب فادعي البايع رضي المشتري لم يرد عليه حتي يحلف المشتري فالفرق
بينهما ان في فصل العيب القاضي مفتقر في الرد الي انشا الفسخ والقاضي اذا انشا
فسخا او عقدا ينفذ ظاهرا وباطنا واذا انفذ ظاهرا وباطنا لا يمكن التدارك والتلافي
لو كان الامر بخلافه حقيقة بخلاف الامر بالامضا لانه ليس فيه معني الانشا
فيمكن تلافيه لو وقع الغلط فيه قالوا وهذا الجواب الذي ذكر في الرد بالعيب قول
ابي حنيفة وابي يوسف الاخر اما علي قوله الاول وهو قول محمد رحمه الله يجب ان لا
يوخر القضا بالرد لامكان التلافي والله اعلم **باب الحقوق** رجل
اشتري منزلا فوقه منزل فليس له الاعلي الا اذا كان بكل حق هو له او بمرافقه
او يقول بكل قليل وكثير هو فيه او هو منه وههنا مسايل ثلاث دار ومنزل
وبيت ولا بد من بيان معني كل واحد منها فنقول ذكر شمس الايمة السرخسي رحمه الله
في شفعة المبسوط ان البيت اسم لمسقف واحد له دهليز والمنزل اسم لما يشتمل
علي بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكنه الرجل بعياله والدار اسم لما يشتمل علي
بيوت ومنازل وصحن غير مسقف وكان المنزل فوق البيت ودون الدار وقال
ابو زيد عبيد الله ابن ابي بكر بن الحسين المعروف بخواهر زاده ابوه وانما كان
هكذا لان العلو بمنزلة البنا من وجه وبمنزلة بيت اخر من وجه من حيث
ان قوام العلو بالسفل كان بمنزلة البنا ومن حيث انه يبني لينتفع بنفسه لا
ليصير السفل به منتفعا به فهو كبيت اخر بخلاف البنا فانه لا يبتني لينتفع

بنفسه

بنفسه وانما يبني ليصير داخلا البنا منتفعا بالبنا واذا كان كذلك يوفر علي الشبهين
حظهما في المسايل الثلاث فيجعل العلو منزلة بين المنزلتين فيها فيقال متي ذكر الحقوق
دخل وان لم ينص علي العلو كالبنا يدخل من غير تنصيص عليه ومتي لم يذكر الحقوق
لا يذكر كبيت اخر الا ان العمل بالشبهين علي هذا الوجه ممتنع متعذر في المسايل
الثلاث لما فيه من التسوية بين هذه الاسامي والاستمتاع ولا سبيل الي ذلك
لما في معاني هذه الاسامي من التفاوت في العموم والخصوص لان الدار اعم من اختيها
لان الدار مشتقة من الدوران في موضع ادير عليه الحايط وفي الدوران نزول كما في
المنزل وبيتوتة كما في البيت والمنزل اخص من الدار لانه مشتق من النزول وليس في
النزول دوران ولكن فيه بيتوتة الا انه اعم من البيت لان البيت مشتق من البيتوتة
والبيتوتة عبارة عن الاقامة بالليل وفي النزول الاقامة ليلا ونهارا واذا كان كذلك لحق
العلو بالبنا في الدار ليبين لاسم الدار ولانه اعم مزيد رتبة في الاستتباع فاستتبعت الدار
العلو بالبنا في الدار بتقديري ذكر الحقوق وعدمه وفي المنزل الحق العلو بالبنا عند ذكر الحقوق
ولم يلحق به عند عدمه ليظهر انحطاط رتبته في الاستتباع عن الدار وفي البيت لا يلحق العلو
بالبنا بتقديري ذكر الحقوق وعدمه لانه احط رتبة منهما من الوجه الذي سبق
تقريره وله الكنيف الشارع في الدار وان لم يذكر الحقوق لانه من الدار لان قرارها
عليه واما الظلة التي تكون علي ظهر الطريق باشخاص الجذوع من الدار وراس اطرافها
علي الاسطوانة المنصوبة تجاه الدار وعلي الجدار المقابل للدار وهي التي يقال لها الساباط
فلا يدخل عند ابي حنيفة الا بذكر الحقوق وعندهما يدخل وان لم يذكر الحقوق اذا كان
مفتحها الي الدار لان قرار الظلة علي الدار المبيعة ومفتحها فيها والارتفاق بها من
الدار فوجب ادخالها في البيع من غير شرط دليله الكنيف والجناح ولابي حنيفة
ان الظلة تابعة للدار من حيث ان قرار احد طرفيها علي الدار وليست تابعة للدار
من حيث ان قرار طرفها الاخر علي شي اخر ولو كان قرار الطرفين بالدار كانت
تبعا للدار ولو كان قرار الطرفين بشي اخر لم يكن تبعا للدار اصلا فاذا كان قرار
احد الطرفين بالدار المبيعة وقرار الطرف الاخر بالشي الاخر لم يدخل اذا لم
يذكر الحقوق ودخلت اذا ذكرت توفيرا علي الشبهين حظهما من الحكم قالوا

وهذا في عرفهم كما ذكر في الكتاب ولو اشترى بيتا في دار او منزلا او سكنا لم يكن له
الطريق الا ان يشتريه بكل حق او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لان هذه
الاشيا وان كانت تابعة للمبيع من حيث انه لا يقصد عينها وانما يقصد بها الانتفاع
بالمبيع الا انها اصل بنفسها من حيث انه يتصور قيامها بدون المبيع فكانت تابعة
للمبيع من وجه دون وجه فلا يدخل الا بذكر الحقوق او المرافق لانها شرعت للانتفاع
والانتفاع لا يكون الا بهذه الاشيا فيجب ادخالها تحت الاجارة تحريا للجواز ولا كذلك
البيع لانه لم يشرع للانتفاع بدليل جواز بيع ما لا ينتفع به كالمهر ونحوه وامتناع اجارة
ما لا ينتفع به كالمهر ونحوه فان قيل ما ذكرتم يشكل بالقسمة فان الدار اذا كانت
بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت في الصفة ومسيل ما ظهر البيت
علي ظهر الصفة فاقتسما فاصاب الصفة احدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا
طريقا ولا مسيل ما وصاحب البيت لا يستطيع ان يفتح باب فيما اصابه من السام
ولا يقدر ان يسيل ماوه في ذلك فالقسمة فاسدة فعلى قياس ما ذكرتم ينبغي
ان يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق والمرافق تحريا بالجواز القسمة اعتبارا
بالاجارة واي فرق بين هذا وبين الاجارة قيل له في الفرق بينهما ان في باب
الاجارة موضع الشرب ليس مما تناوله الاجارة ولكن يتوصل به الي الانتفاع
بالمستاجر والاجر انما يستوجب الاجر اذا تمكن المستاجر من الانتفاع ففي ادخال
الشرب توفير المنفعة عليهما فاما ههنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة
فموجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه فلو اثبتنا لاحدهما حقا
في نصيب الاخر نفر به الاخر ولا يجوز الاضرار به بدون رضاه وانما دليل الرضا
اشتراط الحقوق او المرافق فلهذا لم يدخل الطريق والمسيل بدون ذكر الحقوق فان
قيل ما بين هذا وبين البيع فان في البيع اذا ذكر الحقوق يدخل الطريق والمسيل فان
امكنه ان يفتح الباب فيما ابتاع ويسيل ماه فيه وفي القسمة اذا امكنه ان يفتح الباب
فيما اصابه من الساحة ويسيل ماه فيه فانه لا يدخل المسيل والطريق وان ذكر الحقوق
او المرافق قيل له في الفرق بينهما ان المقصود بالبيع ايجاب الملك وقصد المشتري التمكن
من الانتفاع وذلك انما يتم بالطريق والمسيل الا ان ذلك خارج من الحدود فلا يدخل

في

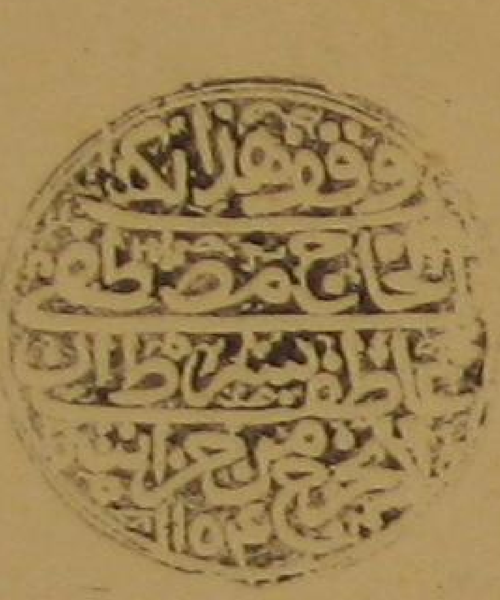
في البيع بمطلق تسمية البيت الا ان ذلك خارج من الحدود فلا يدخل في البيع بمطلق
تسمية البيت الا بذكر الحقوق فاما المقصود بالقسمة فتمييز احد الملكين من الاخر واختصاص
واختصاص كل واحد منهما من الانتفاع بنصيبه علي وجه لا يشركه الاخر وانما يتم
هذا المقصود اذا لم يدخل الطريق والمسيل لتمييز نصيب احدهما من نصيب الاخر
من كل وجه فلهذا لا يدخل مع ذكر الحقوق والمرافق والله اعلم

باب الاستحقاق

رجل اشترى جارية وولدت عنده ولدا فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها
وولدها وان اقر بها لرجل لم ياخذ ولدها والفرق ان الاستحقاق بالبينة
استحقاق من الاصل ولهذا قلنا ان الباعة يتراجعون فيما بينهم بخلاف الاقرار
فان الباعة فيه لا يتراجعون فيما بينهم وهذا لان الملك المطلق ملك من الاصل
متى ثبت بالبينة لان الملك لا بد له من زمان وليس بعض الازمان باولى من
البعض وكذلك الملك لا بد له من سبب وفي الاسباب تزاحم والزمان الذي
فيه ابتدا حدوث الملك لا يزاحمه زمان اخر فكان تعيين ذلك الزمان
اولى او النتاج ايضا سبب لا يزاحمه سبب اولى لانه لا يمكن تقدير سبب
اخر سابقا عليه فكان تعيينه سببا اولى ولهذا قلنا لو ادعى ملكا مطلقا
ثم ادعى ملكا بسبب صحت الدعوى ولو كان علي العكس لا يصح لان في الفصل
الاول ادعى ما هو انقص وفي الفصل الثاني ادعى ما هو ازيد فان قيل الملك
المطلق بيانه ان الرجلين اذا ادعيا دابة احدهما قال انها ملكي والاخر ادعى
انها في نتاجه واقاما البينة فبينة النتاج اولى ولو كان الملك المطلق ملكا
من الاصل لكان كل واحد من الملكين ملكا من الاصل ولو كان كذلك لوجب القضا
بالتنصيف قيل له الملك بالنتاج ملك من الاصل قصدا لان البينة جازمة
الدلالة علي الملك من وقت النتاج والملك المطلق ملك من الاصل بطريق الضرورة
لاحتمال التاخر فيه ولهذا يصح ان يقال هذه الدابة ملكي لاني اشتريتها
ولا يصح ان يقال انها ملكي لانها نتجت في ملكي بخلاف الملك المستفاد بالنتاج لانه
لا يستقيم تفسيره بسبب اخر واذا كان كذلك كان النتاج اقوى فكان اولى
بالقضا فان قيل ما ذكرتم من تزاحم الاسباب والازمان موجود في الاقرار ولا

يقضي بالملك فيه من الاصل قيل له الاقرار اخبار من حيث الصيغة تمليك من حيث
المعني وبيان انه اخبار من حيث الصيغة ظاهر وبيان انه تمليك من حيث المعني
ان الملك في المقر به كان ثابت للمقر بظاهر يده وقد صار له بالاقرار والمقر مالك للتمليك
منه فمن حيث انه اخبار صيغة يستحق الولد به كما يستحقه بالبينة ومن حيث انه
تمليك لا يستحق به الولد فلا يقضي له بالاستحقاق بالشك والاحتمال والشهادة اخبار من
كل وجه صيغة ومعني لان الملك المشهود به من حيث الظاهر لذي اليد لا للشاهدين
وهما لا يملكان التمليك من المشهود له فاعتبرنا اخبارا من كل وجه فيثبت الاستحقاق
من الاصل ثم في فصل البينة هل يشترط القضا بالولد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم
هو تابع للاصل فيدخل في الحكم تبعا وعن محمد رحمه الله ما يدل علي خلافه فانه قال
اذا قضي بالاصل للمستحق ولم يعلم بالزوايد لم تدخل الزوايد وكذلك اذا كانت الزوايد
في يد اخر وهو غايب لم تدخل الزوايد تحت القضا لانفصال الزوايد عن الاصل
يوم القضا قال رضي الله عنه وفي هذا التعليل اشارة الي ان الحكم في البينة القايمة
علي النتاج يجب ان يكون كذلك • رجل اشترا غلاما فشهد رجل علي ذلك وختم
فليس ذلك بتسليم وهو علي دعواه يريد به انه اذا شهد علي ذلك الشرا وختم علي
ذلك الصك ثم ادعاه يصح دعواه ولا يكون كتابة الشهادة علي الصك اقرارا ان الغلام
ملك البايع وقال ابو زيد عبيد الله بن ابي بكر ابن الحسين المعروف ابوه بخواهر
زاده في تعليل هذه المسالة انه ليس في تحمل الشهادة وختمه ما ينافي دعواه
لان له ان يقول انما كتبت شهادتي لاناني في نفسي ان في هذا العقد ضررا لان
العقد ورد علي ملكي فان كان فيه ضرر رددته وان خلا عن الضرر اجزته واذا
امكنه هذا التوفيق لا يكون مناقضا والدليل علي ان الكتبة ليست باقرار ما ذكره
في مجموع النوازل • رجل ادعي علي رجل مالا معلوما فانكر فقال المدعي انه كتب
لي بذلك خطا فانكر المدعي عليه ان يكون هذا خطه فامر ان يكتب علي بياض
فكتب فكان بين الخطين مشابهة ظاهرة دالة علي انهما خط كاتب واحد لا
يقضي عليه بالمال المدعا لان هذا لا يكون اعلي حالا مما لو قال هذا خطي وانا
كتبته ولكن ليس علي هذا المال وهناك القول قوله ولا شي عليه وتفسير الختم

ماذكره



ماذكره الشيخ الامام ابو محمد عبد العزيز بن احمد الحلواني رحمه الله ان الشاهد كان
اذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع عليه نقش خاتمه
حتي لا يجري فيه التزوير والتبديل وكان هذا في عرف زمانهم وهذا العرف لم
يبق في زماننا قال مشايخنا رحمهم الله ما ذكر من الجواب في فصل كتبة الشهادة محمول
عليها اذا كتب شهد فلان البيع والشرا وكتب جري البيع بمشهدي او كتب اقرا بالبيع
والشرا عندي اما اذا كتب في الشهادة ما يوجب صحة البيع ونفاذه بان كان في صك
باع فلان كذا وهو يملكه وكتب هو شهد بذلك تصح دعواه رجل اشترا عبدا فاذا
هو حر وقد كان العبد قال للمشتري اشترني فاني عبد فان كان البايع حاضرا او
غايبا يدري مكانه لم يكن علي العبد شي وان كان البايع لا يدري اين هو رجع المشتري
علي العبد ورجع العبد علي البايع بذلك اذا قدر عليه وعن ابي يوسف انه لا رجوع
للمشتري بالثمن علي العبد بحال لان الموجود من العبد ليس سببا للضمان لان الموجود
منه لو كان موجودا من الاجنبي لا يجب الضمان علي الاجنبي بحال وانه لو كان سببا
للضمان وجب ان لا يفترق الحال بينهما اذا كان المولي حاضرا او غايبا غيبة لا يدري
مكانه وصار هذا كما لو قال ارتهني فاني عبد فارتهنه فاذا هو حر لا رجوع للمرتهن علي العبد
بدينه بحال وجه قولهما ان العبد ضمن للمشتري سلامة نفسه او سلامة الثمن متي
تعذر استيفاوه من البايع لان المشتري انما رغب في شرايه اتكالا علي امره اياه بالشرا
فيكون هذا من العبد غرورا للمشتري فيجعل ضامنا قياسا علي المولي اذا قال للسوقة
بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له في التجارة فبايعوه وركبته الديون ثم استحق
العبد فان اصحاب الديون يرجعون علي المولي بقيمته لمكان الغرور وهذا الغرور
في عقد معاوضة اعني به البيع وبه يقع الفرق بين هذا وبين الرهن لان الرهن ما
شرع معاوضة ولهذا قيل حكم الرهن ملك اليد لجهة استيفا الدين يتوصل به الي
حقيقة الاستيفا من مالية الرهن لا من عينه ولهذا قال علماونا رحمهم الله ان الرهن
براس مال السلم او بالسلم فيه اذا هلك يقع الاستيفا ولو كان معاوضة لكان استبدالا
براس المال او بالمسلم فيه وانه حرام وكذا هذا في العرف فلم يكن هذا غرورا في عقد
هو معاوضة فلا ينهض سببا للضمان ولهذا قلنا ان الرجل اذا سال غيره عن امن الطريق

فقال له اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فاذا هو لصوص سلبوا امواله وانتهبوا لم يضمن
المخبر شيا لما انه غرور فيما ليس بمعاوضة او نقول الثمن يجب بالبيع فجاز ان يكون الامر
به ضمانا والدين لا يجب بعقد الرهن ولا يكون الامر به ضمانا لانه حينيذ لا يكون ساعيا
في اتلاف المال ولا في اخرابه وانما يرجع العبد لذا قدر عليه وان لم يامره البايع بهذا الضمان
لانه ادي دينه وهو مضطر الي ذلك فصار كمعير الرهن وقوله فاذا العبد حر يحتمل انه
اراد به الحرية الاصلية ويحتمل انه اراد به العتق العارض ومحصول ما ذكر بعد هذا
في الكتاب ان الدعوي في حرية الاصل ليس بشرط عند البعض لانها تخلو عن حرمة الفرج
لان الشهود في شهادتهم يفتقرون الي تعيين الام وفي ذلك تحريمها وتحريم اخواتها
وبناتها وجداتها حتي اذا اخلت عن هذه التحريمات لم تقبل الشهادة وعند بعضهم لا بل
الدعوي شرط فيها عند ابي حنيفة لكنه تعذر في التناقض لخفا حال العلوق وكل ما كان
مبناه علي الخفا فالتناقض فيه عفو وفي العتق العارض كذلك التناقض عفو لان المولي
ينفرد بالاعتاق فيعتق العبد ولا علم له به فيكون التناقض منه عفوا رجل ادعي
حقا في دار فصالحه الذي في يديه الدار علي مايه درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها ولم
يرجع بشي علي المدعي لجواز ان يكون المدعي ما وراء المستحق فلا يثبت الرجوع بالشك الا ان
يستحق الكل قال رضي الله عنه دلت المسلة علي ان صحة الدعوي ليست بشرط لصحة الصلح
لان دعوي الحق في الدار ليست بصحيحة لجهالة المدعي عليه بالحق فحينيذ تصح الدعوي
وتقبل البينة ونظير ما ذكر في دعوي المبسوط اذا شهدوا ان له فيها طريقا قبلت
الشهادة قال شمس الايمة من اصحابنا رحمهم الله من يقول تاويله اذا شهدوا علي اقرار
الخصم بذلك فاما اذا شهدوا علي الثبات فلا تقبل لجهالة المشهود به قال شمس الايمة
هذا رحمه الله في مسلة الشهادة بالطريق والاصح انها تكون مقبولة لان الجهالة انما تمنع
قبول الشهادة اذا تعذر علي القاضي القضا بها وههنا لا يتعذر فان عرض الباب يجعل
حكما فيكون عرض الطريق بذلك القدر وطوله الي باب الدار وفي هذا اشارة الي ان دعوي
الحق في الدار لا تصح وبهذا تبين ضعف ما يقال ان الصلح شرع لافتدا اليمين لان
اليمين لا يتجه ههنا لامتناع صحة الدعوي ولو ادعي الدار كلها فصالحه علي مايه درهم فاستحق
منها شي رجع بحسابه وهو ظاهر • رجل باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من اخر

ثم ادعاه البايع الاول انه ابنه صحت الدعوي وبطل البيعان وقال زفر رحمه الله
لا يصدق لانه مناقض ونحن نقول الانسان تعذر التناقض فيما مبناه علي الخفا والبابي
كما ذكر في الكتاب والله اعلم

باب بيع عبد غيره

رجل غصب عبدا
فباعه ثم اعتقه المشتري ثم اجاز المولي البيع جاز العتق هكذا ذكره في الكتاب والمذكور
قولهما وقال محمد لا يجوز والاصل عند محمد ان العتق بعد سبب الملك انما يقف علي ملك مالك
سيظهر اذا لم يقف علي اجازة مالك ظاهر كالوارث اذا اعتق عبدا من التركة او الموصي له
اذا اعتق عبدا منها وفيها دين يستغرقها فانه لا ينفذ ولكن يقف علي ان يملكه الوارث
او الموصي اما بالابرا او القضا لان هذا العتق لم يقف علي اجازة مالك ظاهر زمان
الاعتاق وان لم يقف علي اجازة مالك ظاهر يقف علي ملك المعتق بعد وجود ما هو سبب
الملك كمن اعتق ما تلده امته فانه يقف عتقه حتي اذا ولدت ولدا نفذ لانه لم يقف
علي اجازة مالك ظاهر وقت العتق فيقف علي ملك المعتق لانه حصل منه بعد سبب
الملك في الولد وهو ملك الام وههنا عتق المشتري من الغاصب يقف علي اجازة مالك ظاهر
وهو المغصوب منه فلا يقف علي ملك مالك سيظهر كما قالوا جميعا فيمن باع عبدا
علي انه بالخيار ثم ان المشتري اعتق العبد في مدة الخيار لا يقف هذا العتق علي
ملك المشتري عندهم جميعا حتي لو اجاز البايع البيع لا ينفذ عتق المشتري لانه
يقف علي اجازة مالك ظاهر فلم يقف علي ملك مالك سيظهر بعد تحقق سبب الملك
فانه يقف العتق سوا توقف علي اجازة مالك ظاهر او لم يتوقف لان البيع يجوز ان
يتوقف علي اجازة مالك ظاهر وعلي ملك مالك سيظهر وان كان البيع مما يبطل بالغرور
فالعتق اولي بالتوقف فاما اذا حصل الاعتاق بعد تحقق السبب القاصر فانه لا يتوقف
علي ملك مالك سيظهر كما في مسلة الخيار لانه يمكن في السبب قصور بسبب الخيار من حيث
انه شرط فيه ما لا يقتضيه العقد فاوجب قصورا في المسبب فيمتنع التوقف وما قاله
محمد يشكل بالمشتري من الراهن من غير اجازة المرتهن اذا اعتق المرهون ولو قطعت
يد العبد ثم اجاز البيع فالارش للمشتري ويتصدق بما زاد علي نصف الثمن لانه ربح
ما لم يضمن وانما يثبت الملك له في الارش لانه بالاجازة يثبت الملك له من وقت البيع
فيتبين ان القطع كان علي ملكه فكان الارش له فان قيل هذا يشكل بالفضولي

اذا قال المنكوحة غيره امرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الزوج الخبر صح التفويض دون
التطليق وان ثبت المالكية لها من حين التفويض حكما للاجازة قيل له في الفرق بينهما
ان كل تصرف توقف حكمه علي شي فالاصل ان يجعل ذلك التصرف معلقا بالشرط لان في جعله
سببا وقت وجوده تخلف الحكم عن السبب الا ان التصرف الذي لا يحتمل التعليق بالشرط
كالبيع ونحوه تعذر جعله معلقا فاعتبرناه سببا من وقت وجوده متاخرا عنه حكمه
الي وقت الاجازة فعند الاجازة يثبت الملك من وقت العقد اما الذي يحتمل التعليق
اذا توقف حكمه علي شي فيجعل معلقا بالاجازة فعند الاجازة يصير كانه وجد الان
فلا يثبت حكم الامر وقت الاجازة ولو باعه المشتري من اخر ثم اجاز المولي البيع الاول
لم يجز البيع الثاني فان قيل ينبغي ان يجوز البيع الثاني لانه يثبت الملك للمشتري من الغاصب
من وقت الشرا بالاجازة من الوجه الذي قررتم وصار هذا الاعتاق من المشتري من
الغاصب فانه يجوز بتقدير اجازة المالك بيع الغاصب فكذلك يجب ان يجوز بيع المشتري
من الغاصب علي تقدير اجازة المالك بيع الغاصب قيل له البيع من المشتري من الغاصب
سابق علي الاجازة وكذا الاعتاق يمكن اثباته قصرا علي زمان الاجازة لانه يحتمل
التعليق بالشرط فيجوز بيع المشتري من الغاصب من وقت وجوده واذا جاز من
وقت وجوده يثبت الملك للمشتري من الغاصب وقت الاجازة واذا ابطل الملك للمشتري
من الغاصب زمان الاجازة يمتنع الاستناد واذا امتنع الاستناد يمتنع جواز بيع
المشتري من الغاصب فيبطل بيع المشتري من الغاصب من حيث يجوز فلا يجوز
وان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز لا يجوز لان قيام الاربعة شرط
لجواز البيع الموقوف للعاقدان والمعقود عليه ومن وقع العقد له ولم يوجد رجل
باع عبد رجل بغير امره فاراد المشتري رد المبيع وقال انك بعتني بغير امر رب المال
وجحد البايع ذلك فاقام المشتري بينة علي اقرار البايع او رب العبد انه لم يامره بالبيع
واراد رد المبيع لم تقبل بينته لبطلان الدعوي بالتناقض فان قيل هذا يشكل
بما ذكر محمد رحمه الله في الزيادات في باب ما يقر به المشتري فيرجع بالثمن وما لا يرجع
وهو رجل اشتري جارية بالف درهم وقبضها ونقد الثمن ثم اقام البينة علي اقرار
البايع ان الجارية لفلان وفلان يدعيها قبلت بينته وان كان متناقضا ولا فرق

بينهما.

بينهما سواء ان البايع هناك اصيل وههنا وكيل قيل له في مسلة الكتاب قال بعض مشايخنا
رحمهم الله ما ذكره محمد ههنا محمول علي ان المشتري اقام البينة علي اقرار البايع قبل البيع
اما اذا اقام بينة علي اقرار البايع بعد البيع ان صاحب العبد لم يامره بالبيع فتقبل
بينته لان اقدام المشتري علي الشرا تناقض دعواه اقرار البايع بعدم الامر قبل البيع اما
بعد فلا يناقض دعواه اقرار البايع بعدم الامر بعد البيع قال رضي الله عنه ومسلة الزيادات
يجب ان تكون محمولة علي هذا وحينيذ تقع الغنية عن التفرقة بين المسلتين ولم
يتضح لي فيه شي سوي هذا بعد ان تاملت فيه برهة من الدهر وسياتي بيانه في الزيادات
ان شا الله تعالي وان اقر البايع عند القاضي ان المالك لم يامره به ابطلت البيع بطل المشتري
وان كان متناقضا لان التناقض انما لم يمنع اذا لم يساعده خصمه عليه ومسلة غصب
ام الولد مرت في كتاب العتاق • رجل باع دار الرجل فادخلها المشتري في بنايه لم يضمن
البايع وهو قول ابي يوسف الاخر وقال ابو يوسف الاول وهو قول محمد رحمه الله
يضمن وهذا اختلاف بنا علي ان الغصب هل يتحقق في العقار عند محمد رحمه الله
يتحقق وهو قول ابي يوسف الاول وبه قال زفر والشافعي وعند ابي حنيفة وهو
قول ابي يوسف الاخر لا يتحقق فالاول استحسان والثاني قياس وجه الاستحسان
ان الغصب يتحقق في العقار حسب تحققه في المنقول لان الغصب اثبات اليد
العادية علي مال الغير وازالة يد المالك عنه ان كان في يده وقصر يده ان لم يكن في يده
وفي العقار وجد الامران جميعا عرفا وحكما اما عرفا فلانه يقال غصب دار فلان
وحكما فلان دعوي الغصب في العقار تسمع حتي لا تندفع باقامة ذي اليد البينة
علي ان يده يد امانة وايدما قلنا قوله عليه السلام من غصب شبرا من ارض طوقه
الله تعالي من سبع ارضين يوم القيمة واذا تحقق الغصب يجب ان يكون مضمونا
اعتبارا بالمنقول وجه القياس ان ما هو حد الغصب لا يتحقق في العقار
فلا يصير مضمونا لان الغصب اثبات اليد العادية في المحل بفعل فيه لا بفعل
في المالك ويعني بفعل في المحل فعلا يقع ابعادا للمحل عن المالك والمعني بفعل يقع
ابعادا للمحل عن المالك فعل يصلح ابعادا في الجملة بدليل ان من جلس علي بساط الغير
ودفع المالك عن البساط لا يصير غاصبا للبساط فعلم ان الغصب ما قلناه وانه لا

يتحقق في العقار فان قيل ماذكرتم ينتقض بماذكر محمد رحمه الله في الزيادات اذا وهب
رجل دارا بما فيها من الامتعة فهلكت الامتعة قبل ان ينقلها الموهوب ثم استحقت
فللمستحق ان يضمن الموهوب له وان لم يوجد منه فعل يصلح ابعادا قيل له قال شمس الايمة
السرخسي قيل ماذكر في الزيادات قول محمد وقيل لا يستقيم على اصل محمد ايضا لانه وافقنا في
المنقول ان لا يضمن قبل النقل وقد نص عليه في السير الكبير في باب السباقة والكلام فيه
ياتي في الزيادات ان شا الله تعالى والفرق ثابت من غصب المنقول وغصب العقار على
تقدير التحقق في الحاجة الى ايجاب الضمان لان المالك في فصل المنقول عاجز عن استخلاصه
بالتظالم والاستعدا بتقدير التغييب وفي العقار يقدر على ذلك بالتظالم والاستعدا
عن منعة المسلمين حتى لو كان في موطن لا يقدر عليه يضمن كما اذا عجز عن الاستخلاص
بالقضا بالشهادة الكاذبة فان العقار مضمون بالشهادة الكاذبة بالاجماع والله اعلم

باب الشفعة

خمسة اشتروا دارا من رجل فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهم
لانه ليس في هذا الاخذ ضرر على البايع ولا على المشتري فكان بسبيل منه ولو كان
المشتري واحدا والباعة خمسة فليس للشفيع ان ياخذ البعض دون البعض لما فيه من
الاضرار بالمشتري بتفريق الصفقة عليه فان قيل هذا يشكل برجل اشترى دارين
والشفيع شفيع لاحداهما دون الاخرى فله ان ياخذ ما كان شفيعا له دون الاخرى وان
كان فيه اضرار بالمشتري بتفريق الصفقة عليه قيل له كان ابو حنيفة رحمه الله يقول
اولا في هذه المسلة له ان ياخذهما جميعا او يدع تحرزا عما ذكرنا من الضرر ثم رجع وقال
لا ياخذ واحدة منهما لانه لا يمكن اثبات الشفعة له في حق احدهما بدون السبب وفي
الاخرى لما فيه من تفريق الصفقة ثم رجع وقال ياخذ التي هو شفيعها خاصة وهو
قولهما بمنزلة ما لو اشترى عبدا ودارا صفقة واحدة كان للشفيع ان ياخذ الدار
بالشفعة دون العبد لان تفريق الصفقة ههنا لم تكن باعتبار الشفيع بل
لمعنى حكمي وهو انه لم يمكن من احدهما لانعدام السبب له في احداهما بخلاف
ما اذا كان شفيعا لهما جميعا وروى الحسن عن ابي حنيفة قال اذا كان البايع
اثنين فان اراد الشفيع الاخذ قبل قبض المشتري فله ان ياخذ نصيب احد
البايعين لانه بالاخذ يتملك على البايع ولهذا كانت عهدته على البايع والملك في

حق

حق البايعين متفرق وبعد القبض انما يتملك على المشتري والمالك في حقه مجتمع وان
كان البايع واحدا والمشتري اثنين فقبل القبض ليس له ان ياخذ نصيب احد المشتريين
لاجتماع الملك في حق البايع وبعد القبض له ذلك لافتراق الملك في حق المشتريين ولكن
هذا قوله الاول واما قوله الاخر فكما ذكر في الكتاب ان المعتبر جانب المشتري
على القبض وبعده ويستوي ان كان اشتراه لنفسه او لغيره فسره هشام عن
محمد رحمه الله ان الواحد اذا اشترى دار الرجلين فليس للشفيع ان ياخذ نصيب
احد الامرين ولو اشترى رجلان دار الواحد كان للشفيع ان ياخذ النصف لان المشتري
اثنان والعاقد لغيره في باب الشرا بمنزلة العاقد لنفسه في احكام العقد
رجل اشترى ارضا ونخلا فيها ثمر كان له ان ياخذ الكل بجميع الثمن وتاويله
اذا اشترى الثمر فانه لا يدخل بدون الذكر اما اخذه الارض فلا يشكل وكذا النخل
لانه تبع للارض واما اخذ الثمر فمشكل لانه ليس تبع للنخل ولا للارض ولهذا لا
يدخل من غير ذكر بخلاف النخل وكان المعنى فيه ان الثمر تبع من وجه من حيث
ان قوامه بالارض وليس بتبع من وجه من حيث ان ماله الجذاذ فاذا كان
تبعا من وجه قلنا انه يستحق بالشفعة تحرزا عن التفريق ولما لم يكن تبعا
من وجه لا يدخل في البيع لانه ليس فيه تفريق الصفقة على احد توفيرا
على الشبهين حظهما من الحكم فان جذه المشتري ثم جا الشفيع اخذ ذلك كله سوى
الثمر وسقط حصة الثمر من الثمن وانما لم ياخذه الشفيع لصيرورته اصلا
بالجذاذ وسقوط ما يخصه من الثمن لانه لا يجب عليه حصة ما لم
يملكه فان لم يكن فيه ثمر زمان البيع فاثمر بعد البيع قبل قبض المشتري كان
للشفيع ان ياخذ الكل بالشفعة لتولده من المبيع قبل القبض والمتولد من
المبيع قبل القبض له حكم البيع اذا بقي الى وقت القبض فلهذا ياخذ قسطا من الثمن
فان قال البايع انا اعطيتك الارض والنخل بحصتهما من الثمن واراد الشفيع ذلك لا
يلتفت الى قول من اراد التفريق منهما غير ان الشفيع اذا قال ذلك تبطل شفعته
لان هذا حق واحد ثبت بسبب واحد فتركه في البعض يكون اعراضا عن الكل ولو جذ
البايع الثمر فالشفيع لا ياخذ الثمر لصيرورته اصلا بالجذاذ لكن ياخذ الارض والنخل

بما يخصها من الثمن هذا اذا اجزه البايع اما اذا اجتاحته آفة سماوية فلا يسقط عن الشفيع
شي من الثمن الا اذا صار مقصودا بالتناول فان اثمرت بعد قبض المشتري ثم حضر
الشفيع فله ان ياخذ الكل ايضا لمكان التبعية فان جذ المشتري بطلت الشفعة
في الثمر لما قلنا واخذ الارض والنخل بجميع الثمن لان الحادث بعد القبض لا قسط له من
الثمن قال رضي الله عنه وهذا اشكل جدا لان الحادث بعد القبض لا قسط له من الثمن
يجب ان لا يكون للشفيع ان ياخذ الثمن الحادث في يد المشتري لانه ملك المشتري والشفيع
حينئذ ياخذه بلا عوض يقابله على كره من المشتري وهذا شي لم يرد به الشرع في
موطن ما وذكر شمس الايمة السرخسي في الشفعة في الارضين والانهار واذا اشترى
ارضا فيها نخل وليس فيها ثمر فاثمرت في يده فاكلها سنين ثم جا الشفيع كان ابو يوسف
يقول اولا يحط من الثمن حصة ما اكل المشتري من الثمر لان حال المشتري مع الشفيع
كحال البايع مع المشتري قبل التسليم اليه ولو اكل البايع الثمار الحادثة بعد
العقد يحط عن المشتري بحصتها من الثمن كما يحط حصة الثمرة الموجودة عند العقد
فكذلك في حق الشفيع توضيحه ان تناول الثمار الحادثة يمنع المشتري من بيعها
مرابحة حتى يبين وهي في ذلك كالثمار الموجودة عند العقد فكذلك في حق
الشفيع وبما ذكرنا عن ابي يوسف يحصل بعض سكون النفس وثلج الفواد ٭ رجل
اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البايع اخذ الشفيع النصف الذي صار
للمشتري او يدع فان قيل الشفيع يملك نقض تصرفات المشتري نحو البيع والهبة
والبنا وغرس الاشجار فهلا ملك نقض القسمة التي هي في معنى البيع في ذوات القيم
وصار هذا كرجلين اشتريا دارا وهما شفيعاها ولها شفيع ثالث فاقتسماها ثم
جا الثالث فله ان ينقض القسمة اقتسماها بقضا او بغير قضا في الاقاويل
كلها قيل له كل تصرف لا يستحق على القاضي اعادته بالطلب اذا نقضه فللشفيع
ان ينقضه وكل تصرف يستحق على القاضي اعادته بالطلب اذا نقضه فالشفيع لا
ينقضه لان القاضي لا يشتغل بما لا يفيد ولا ينقض شيا ليعيد والقسمة فيما نحن فيه
بهذه المثابة بخلاف القسمة بين الشفيعين لان القاضي بتقدير النقض يقسمها بين الثلاثة
اثلاثا وكانت القسمة قبل ذلك انصافا وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة وان كانت

اذا لم يكن صح

القسمة

القسمة بقضا لا تبطل القسمة وان كان بغير قضا تبطلها وعن محمد ان كان في القسمة ضرر
فللشفيع ان يبطلها والا فلا ٭ رجل اشترى دارا ونقد الثمن فقال الشفيع اشتريتها بالف
وقال المشتري اشتريتها بالفين فالقول قول المشتري مع يمينه ولا يتحالفان والمتبايعان
اذا اختلفا على هذا الوجه يتحالفان لان كل واحد منهما يدعي على صاحبه حقا لازما والمشتري
لا يدعي على الشفيع حقا لازما فان اقاما البينة فالبينة بينة الشفيع في قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فكانت اولى باعتبارها ولهما في المسالة
طريقان احدهما ما حكاه محمد عن ابي حنيفة لان الجمع اصل في التعارض وعند التعذر
يصار الى الترجيح وههنا الجمع ممكن لجواز ان يكون البيعان بهذين الثمنين قد كانا فكان
للشفيع ان ياخذ باي الثمنين شا قال رضي الله عنه لكن هذا التعليل يخالف مذهب
ابي حنيفة وبيانه في مسالتين احداهما اذا وقع الاختلاف في راس المال بين رب السلم
والمسلم اليه واقاما البينات لهما يقضي بسلم واحد عند ابي حنيفة وابي يوسف بيانه
اذا اختلفا فقال احدهما راس المال دينار وقال الاخر دراهم وقال احدهما حنطة في موزون
وقال الاخر شعير واقاما البينة يقضى ببينة المسلم اليه في قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يقضي بسلمين عملا بالبينتين وكذلك لو اختلفا في قدر راس المال فادعى احدهما
عشرة والاخر عشرين او في صفته نحو ان يدعي احدهما غلة والاخر نقد بيت المال واقاما
البينة قضى ببينة المسلم اليه ولا يقضى بسلمين في قولهما وعلى قياس ما ذكر ههنا
ينبغي ان يقضى بسلمين لان الاصل هو الجمع في التعارض من الوجه الذي قلتم
والمسالة الثانية اذا اخذها الشفيع بما ادعاه ببينة اقامها ثم اقام البايع البينة
ان الثمن كان اكثر كان للمشتري ان يرجع على الشفيع بالزيادة مع جواز ان البيعين
بهذين الثمنين قد كانا والطريق الثاني ما ذكره ابو يوسف عن ابي حنيفة رحمهما
الله ان بينة الشفيع اولى بالاعتبار وذكر في الاصل مسالة تدل على العلة ما
حكاه ابو يوسف عن ابي حنيفة رحمهما الله وهي ان الرجل اذا ادعى على رجل
حقا في دار او ارض فصالحه المدعى عليه على دار فللشفيع فيها الشفعة بقيمة
ذلك الحق فان اختلفا في قيمة ذلك الحق فالقول قول المدعي فان اقاما البينة
فبينة الشفيع اولى في قول ابي حنيفة ومحمد وههنا لا سبيل الى الجمع عند التعارض

لانتفايه فكان التعويل على ما حكاه ابو يوسف واذا اختلف البايع والمشتري والشفيع
في الثمن قبل النقد والدار مقبوضة او غير مقبوضة فالقول قول البايع في الثمن والشفيع
ياخذها بما قال البايع وان كان الدار في يد المشتري فقال البايع بعتها بالف درهم
فاستوفيت الثمن لم ياخذها الشفيع الا بالالفين وهذه المسلة في اول كتاب الشفعة
من المبسوط ٭ رجل باع دارا وله عبد ماذون له عليه دين وهو شفيعها فله الشفعة
وكذلك اذا كان البايع هو العبد فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة في معنى الشرا
وشرا كل واحد من صاحبه يجوز اذا كان على العبد دين لان الشرا شرع اما لاكتساب
ملك الرقبة واليد او لاكتساب ملك اليد وما نحن بصدده بهذه المثابة ولا منفعة
في قسمة لان استحقاق الشفعة معلق بالبيع والقسمة بيع من وجه باعتبار
وقوع الملك في العين فان الملك في العين لم يكن ثابتا قبلها وانما يثبت بها وباعتبار ملك
الرقبة والمنفعة افراز لان ملك الرقبة والمنفعة لم يزد على ما كان قبل القسمة
بل بقي على ما كان قبل القسمة لكن كان في المجهول والان صار في العين فباحد الاعتبارين
ان وجبت الشفعة لكن باعتبار الاخر لا يجب فلا يجب بالشك ولا خيار روية روي
هذا بروايتين بنصب الرا وجرها فالنصب يدل على الانعطاف على الشفعة فيكون هذا
انعطاف المنصوب على المفتوح ومعناه انه لا يثبت خيار الروية في القسمة وهذا ممتنع صحة
لان خيار الروية ثابت في القسمة والى هذا مال الشيخ الامام الاجل فخر الاسلام على
البزدوي قال والمسلة منصوص عليها في كتاب القسمة والصحيح الرواية بالجر لان خيار
الروية انما يثبت لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وقد وجد هذا المعنى ههنا
قال شمس الايمة السرخسي الرواية بنصب الرا صحيحة ولا يثبت خيار الروية في القسمة
سوا كانت بقضا او بغير قضا وبه قال بعض المشايخ وبيانه من وجهين احدهما
ان القسمة اشتملت على معنى الافراز ومعنى المعاوضة فمعنى الافراز فيها اصل ومعنى
المعاوضة بيع ولهذا يجبر الابي منهما عليها وخيار الروية لا يثبت فيما هو اصل فلا
يثبت فيما هو تبع اما لان التبع لا يخالف الاصل واما لان خيار الروية يثبت بالشرا
اذا ثبت مقصودا واما لانه من حيث انها افراز لا يثبت ومن حيث انها معاوضة تثبت
فلا تثبت بالشك والوجه الثاني ان القاضي لا يشتغل بما لا يفيد ولا ينقض شيا ليعيد

وبتقدير

وبتقدير البعض يحتاج الى الاعادة فالواجب رد الروية انما لا يثبت في القسمة اذا كان المقسوم
من جنس واحد اما اذا كان من اجناس مختلفة فتثبت لان معنى المعاوضة فيها راجح
وهذا لا يجبر الابي منهما عليها وهي بتقدير النقض لا تعاد لاختلاف الاجناس ذكر في الكتاب
وان كانت الرواية بفتح الرا والصحيح بنصب الرا لان الفتح للبنا وكذا الكسر والنصب
والجر للاعراب وان كانت الرواية بالجر فمعناها ان الشفعة لا تثبت بالرد بخيار
الروية لان الرد فسخ من كل وجه فلهذا ينفرد به من له الخيار قبل القبض او بعده
دار بيعت وصبي شفيعها فسلم الاب او الوصي الشفعة جاز في قول ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز وعلى هذا الاختلاف الوكيل بالخصومة اذا سلم
شفعة الموكل صح عند ابي حنيفة ان كان التسليم في مجلس القاضي وعند ابي يوسف
يصح في مجلس القاضي وغيره وعلى هذا الاختلاف اذا تركا طلب شفعة وجبت للصغير
مع امكان الطلب وجه قول محمد وزفر ان الشفعة حق مستحق للصغير
فلا يبطل بترك الطلب من الاب والوصي قياسا على ساير الحقوق المستحقة
للصغير ونعني بقولنا حق مستحق للصغير ان من عليه هذا الحق لا يملك ابطاله
ولا اسقاطه بخلاف حق القبول اذا اوجب البايع او الواهب لان البايع
بسبيل من ابطاله فلم يكن مستحقا للصغير ولانهما يليانه ما فيه نظر لا ما
فيه ضرر ولابي حنيفة وابي يوسف طريقان احدهما ما اشار اليه في الكتاب
والثاني ان حق الشفعة يبطل بترك الطلب من المالك فكذلك بترك الطلب من نايب
المالك لان الوصي مالك من وجه ونايب من وجه نايب من حيث ان الملك يثبت
في المشفوع للصغير مالك من حيث ان الحقوق يرجع اليه فيبطل هذا الحق من
وجه ولا يبطل من وجه غير ان الشفعة متى بطل من وجه دون وجه لا يجوز
اخذه لان الملك في الماخوذ هو المقصود وانه غير ثابت قبل الاخذ فلا يمكن اثباته
بناء على شفعة بطلت من وجه وبقيت من وجه هذا كما قلنا ان الشفيع اذا مات
قبل ان ياخذ الدار بالشفعة فان حق الشفعة يبطل ولا يورث لانه ان بقي ملك
الميت في الدار التي وجبت له الشفعة من وجه لقيام الوارث مقامه بطل من
وجه لزوال ملكه عنها من حيث الحقيقة فلا يجوز الاخذ هذا اذا وقع الشرا

بمثل القيمة فاما اذا وقع بما لا يتغابن الناس فيه فسلم الاب او الوصي قال شمس
الايمة السرخسي من اصحابنا من قال يصح التسليم ههنا عند محمد وزفر لما فيه
من النظر والاصح انه لا يصح عندهم جميعا لانه لا يملك الاخذ لمكان الغبن
وسكوته عن الطلب وتسليمه انما يصح اذا كان مالكا للاخذ فالصغير يبقى
على حقه اذا بلغ ولو اشترى الاب للصبي دارا وهو شفيعها فله ان ياخذها بالشفعة
لنفسه ولو اشترى الاب لنفسه دارا والصبي شفيعها فليس للصبي اذا بلغ ان
ياخذها بالشفعة والاب اذا باع دارا والصبي شفيعها فله ان ياخذها
بالشفعة اذا بلغ لان في فصل الشرا يتمكن في الاخذ فيتمكن من التسليم فكان
السكوت تسليما وفي فصل البيع لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم بنا على اصل معروف
ان من اشترى او اشتري له فله الشفعة ومن باع او بيع له فلا شفعة له والشريك
في الطريق احق بالشفعة من الجار والشريك في البقعة احق من الشريك في الطريق
لان سبب الشفعة الاتصال لحكمة دفع ضرر الدخيل بسوء الجوار على الدوام من حيث
ايقاد النار واعلا الجدار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار والاتصال بالشركة
في البقعة اقوى من الاتصال بالشركة في الطريق لان ذلك اتصال بما هو الاصل
وهذا اتصال بما هو من التوابع والمرافق فكان هذا دونه ولو كان خليطا
من وجه كان مقدما على الجار الملازق حتى ان الجار المقابل الذي هو شريكه
في الطريق يريد به اذا لم يكن الطريق نافذا احق من الجار الملازق الذي لا
شركة له في الطريق ولو كان كل واحد منهما ملازقا ولاحدهما شركة في الطريق
فهو احق من الاخر لما قلنا ولو كانا شريكين في الطريق ولاحدهما جوار استويا
لان الجوار علة وما دون العلة لا يصلح مرجحا لان الترجيح لغة عبارة عن
اظهار في احد جانبي المعادلة وصفا لا اصلا فيكون هو عبارة عن مماثلة
يتحقق بها التعارض ثم يظهر في احد الجانبين زيادة على وجه لا يقوم تلك الزيادة
بنفسها فيما تحصل به المعارضة او تثبت به المماثلة بين الشيئين وكذلك في
الشريعة هو عبارة عن زيادة تكون وصفا لا اصلا لان النبي عليه السلام قال
للوزان زن وارجح فانا معاشر الانبيا كذا نزن ولهذا لا تثبت حكم الهبة في

مقدار الرجحان لانه زيادة تقوم وصفا لا مقصودا بسببه بخلاف زيادة
الدرهم على العشرة وانه يثبت فيه حكم الهبة حتى لو لم يكن مقسوما كان الحكم فيه
كالحكم في هبة المشاع لانه مما يقوم به المماثلة لانه يكون مقصودا بالوزن
فلا بد من ان يجعل مقصودا في التمليك بسببه وفي الشهادات لو اقام احد
المدعيين شاهدين واقام الاخر اربعة من الشهود لم يترجح الذي شهد له
اربعة لان زيادة الشاهدين في حقه علة تامة للحكم فلا يقع به الترجيح وكذلك زيادة
شاهد واحد لاحد المدعيين لانها من جنس ما تقوم به الحجة فلا يقع بها الترجيح
وانما يقع بما يتقوى به ركن الحجة او يتقوى به معنى الصدق في الشهادة وذلك
في ان يتعارض شهادة المستورين وشهادة العدلين فانه يترجح الذي شهد له
عدلان وعن هذا قلنا ان رجلا جرح رجلا جراحة وجرحه الاخر عشرا فمات فالدية
عليهما نصفان لان كل جراحة علة تامة فلا يقع الرجحان بزيادة العدد ولو قطع
احدهما يده ثم جز الاخر رقبته فالقاتل هو الجاز لزيادة قوة فيهما هو العلة وعلى هذا
اتفقت الصحابة في امراة ماتت عن ابني عم احدهما زوجها فللزوج النصف والباقي
بينهما بالعصوبة ولا يترجح الزوج بالزوجية علة اخرى اذا ثبت هذا فالجوار علة
فلا يقع به الترجيح وهذا اصل دقيق لا يقف عليه الا من تبحر في العلم وتمام هذا
الكلام بنقوضه والاعتراضات عليه والتخريجات لها والاجوبة عنها في باب الترجيح
من اصول الفقه لشمس الايمة السرخسي رحمه الله والشريك بالخشبة تكون على
حايط الدار جار دونه وبيانه اذا كان له حق وضع الخشبة على الحايط من غير ان يملك
شيا من رقبة الحايط فاما اذا ملك شيا من رقبة الحايط فكان شريكا في اصل
الحايط فهو احق بالجار والله اعلم **باب المأذون** عبد ماذون له عليه
دين يحيط برقبته باعه مولاه وقبضه المشتري وغيبه فالغرما بالخيار ان شاوا
ضمنوا البايع قيمته وان شاوا ضمنوا المشتري قيمته وان شاوا اجازوا البيع واخذوا
الثمن اما تضمين البايع فلاتلافه حق الغرما في الاستسعا واما تضمين المشتري فلاتلافه
عليهم بالتغييب واما اجازة البيع فلان المانع حق الغرما مع قيام المقتضي للجواز
وقد زال المانع بالاجازة فيجوز ويبرى البايع والمشتري عن الضمان لان الاجازة اللاحقة

بمنزلة الاذن السابق ومتى ضمن المشتري رجع على البايع بالثمن الذي نقده وعلى تقرير
الاجازة والتضمين لا سبيل للغرما على العبد الى ان يعتق فان قيل اذا باعه المولى
بعد ما ركبه الدين لم لا يصير مختارا لقضا ما عليه كما قالوا في العبد الجاني اذا اعتقه
مولاه او باعه بعد العلم بالجناية يصير مختارا للفدا قيل له موجب الجناية على المولى
لا على العبد وهو مخير بين الدفع والفدا فاذا صنع صنعا يمتنع به الدفع كان مختارا
للفدا وهو الموجب الاصلي لانه بدل محل باب بالجناية وقد تعذر استيفاوه من
العبد لانه على المولى لا على العبد والدين واجب على العبد وامكن استيفاوه منه
بتقدير العتق فلا يصير المولى مختارا والدليل على ان موجب الجناية على المولى و
العبد والدين على العبد دون المولى ما قالوا ان الامة المديونة اذا ولدت ولدا
يسري حكم الدين الى الولد لان الدين عليها والجارية الجانية اذا ولدت ولدا لا يسري
حكم الجناية الى الولد لان موجب الجناية على المولى لا عليها فان ضمن البايع القيمة
ثم رد على المولى بعيب فللمولى ان يرجع بالقيمة ويكون حق الغرما في العبد لزوال
سبب الضمان كالغاصب اذا باع المغصوب وضمن القيمة للمالك ثم رد عليه بالعيب
فان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هنا ثم هذا البيع فاسدا وموقوف
ذكر في كتاب الماذون ان البيع فاسد لانه باع ما لا يقدر على تسليمه كبيع الجذع في
السقف والابق كذا ذكره صدر الاسلام ابو اليسر رحمه الله • عبد ماذون له قيمته
الف درهم وعليه دين الف درهم وله عبد قيمته الف درهم فاعتق المولى عبد
عبده الماذون جاز اعتاقه وكان ابو حنيفة يقول اولا لا ينفذ عتقه ثم
رجع وقال ينفذ عتقه وان كان الدين مثل قيمتهما لم يجز اعتاقه عند ابي حنيفة وقالا
جاز اعتاقه في الوجهين جميعا وعليه قيمته وحاصل الاختلاف راجع الى ان الدين
اذا لم يكن مستغرقا لرقبة الماذون وكسبه لا يمنع وقوع الملك للمولى في كسبه اما
اذا كان مستغرقا فعند ابي حنيفة رحمه الله يمنع قولا واحدا وعندهما لا يمنع وجه
قولهما ان ملك المولى في الكسب يدور مع ملكه في الاصل وملك الرقبة ثابت له في الاصل
حتى يملك اعتاقه ولو كان جارية حل له غشيانها واذا كان كذلك فقد وجد ما هو
علة الملك في الكسب فيثبت الملك له فيه ويتعلق حق الغير بالملك يمنع المالك من التصرف

غير

غير انه اذا تصرف ان كان تصرفا يحتمل النقض ينقض وان لا يحتمل لا ينقض الا ترى ان العبد
الماذون له بهذه المثابة فكذلك عنده بخلاف كسب المكاتب لانه حر يدا الا ترى ان المولى
لا تصرف على يده بالمنع من التصرفات بخلاف الماذون له يوضحه ان المولى لو اعتق عبد عبده
الماذون ثم ان المولى قضى دين الغرما او ابرا الغرما العبد عن ديونهم نفذ عتق المولى
عندكم وفي المكاتب لا ينفذ اعتاق المولى عبده وان عجز ورد رقيقا ولابي حنيفة ان
المولى يخلف العبد في مكاسبه خلافة الوارث المورث لان الملك في المكاسب يتلقاه
المولى من العبد فيتلقاه اذا كان فارغا من حاجته لان الماذون يتصرف لنفسه لا للمولى
ولهذا لا يرجع بالعهدة على المولى ولهذا قلنا ان الماذون في النوع ماذون في الانواع
كلها وقد قال عليه السلام المرء احق بكسبه من ولده ووالده وساير الناس اجمعين فلا ينتقل
الملك في المكاسب الى المولى الا اذا كانت فارغة ولهذا قيل ان دين العبد يتقدم على
دين المولى في القضا ولا يقال ان العبد ليس اهلا لثبوت الملك ولهذا قال عليه السلام
لا يتسرى العبد ولا يتسرى به مولاه لانا نقول العبد من حيث الانسانية بمنزلة الحرة
من حيث المالية بمنزلة البهيمة ولو كان حرا من كل وجه ملك ملكا مستقرا ولو
كان مملوكا من كل وجه كالبهيمة لم يملك اصلا فعملنا بالشبهين وقلنا انه يملك المال
من حيث الانسانية ومن حيث المالية لم يملك ملكا مستقرا عليه بل منتقلا الى مولاه
اذا كان فارغا من حاجته ويجوز ان يملك الانسان ملكا منتقلا الى غيره متى كان
فارغا عن حاجته كالمقتول يملك الدية والجنين يملك الغرة ومن ينصب شبكة
فتعلق بها صيد ابعد موته فهو لا يملكون ملكا منتقلا الى غيره اذا كان فارغا عن
حاجتهم فكذلك العبد الماذون له اذا لم يجز الاعتاق على قول ابي حنيفة لا يضمن
وعندهما يضمن موسرا كان او معسرا لانه ضمان استهلاك لان الاعتاق يصادف
وهو مملوك له بجميع اجزايه بخلاف ضمان العتق لان الاعتاق لا يصادفه وهو
مملوك له بجميع اجزايه فالعتق في نصيب الساكت يثبت بطريق السراية والتعدي وليس
يثبت فيه ابتدا ونظيره ما ذكر شمس الايمة السرخسي في كتاب المضاربة ان رب المال
المضاربة اذا كان الفا فاشترى به المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما الف فاعتقهما
فاعتقهما رب المال يضمن للمضارب ربع كل واحد منهما موسرا كان او معسرا لان هذا ضمان

الاستهلاك لان الاعتاق يصادفها وهما مملوكان له لاشتغال كل واحد منهما براس المال ثم
ان كان المولي معسرا فالعبد يسعي في قيمته ثم يرجع علي المولي اذا ايسر وكل جواب عرفته
عندهما اذا كان الدين مستغرقا فهو الجواب عند الكل اذا كان الدين مستغرقا باب
مسايل متفرقة رجل قال لاخر بع عبدك من فلان بالف درهم علي اني ضامن لك خمسماية من الثمن
سوي الالف فباع فهو جايز وياخذ الالف من المشتري وخمسماية من الضامن وقال زفر وان هو
جاز البيع بالالف ولا شي علي الضامن وهي من فروع الزيادة في الثمن والمثمن وصورة المسلة
ان يطلب انسان من اخر شرا عبده بالف درهم وهو لا يبيع الا بالف وخمسماية والمشتري
لا يرغب الا بالف فيجي اخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بالف علي اني
ضامن لك من الثمن خمسماية سوي الالف فيقول صاحب العبد بعت قال رضي الله عنه
وفي تعليل هذه المسلة نوع صعوبة فتتبعت كثيرا من الكتب حتي ظفرت بما يجري فاقول
وانما صحت الزيادة من الاجنبي لانها تصح من المشتري وانما تصح من المشتري عندنا لان المشتري
بالزيادة في الثمن يستفيد ما بازايها من المثمن من حيث الحكم لا من حيث الحقيقة لان المثمن
في الحقيقة ملك المشتري زمان الزيادة في الثمن والانسان لا يجوز ان يكون متعوضا
عن ملكه لكن الزيادة متي صحت التحقت باصل العقد من حيث الحكم فصار بازا
الزيادة ما يخصها من المثمن من حيث الحكم لا من حيث الحقيقة فاذا صحت الزيادة من المشتري
علي هذا الوجه صحت من الاجنبي وان كان الاجنبي لا يستفيد بازا الزيادة شيا من المثمن
لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم وانما يستفيد غيره كما في قضا الدين عن الغير لما
جاز القضا من المطلوب وهو يستفيد من القضا مالا من حيث الحكم لانه يستفيد
ما ذمته من الدين والدين حكما لا حقيقة ولهذا صح الابرا من غير قبول ولهذا قالوا
الدين فعل ولهذا يوصف بالوجوب الا انه في الحكم مال لانه يزول اليه في المال
صح قضا الدين من الاجنبي بغير امر المطلوب اذا قبل الطالب وان كان لا يستفيد
به الاجنبي مالا لا حقيقة ولا حكما انما يستفيد غيره وهو من عليه ولهذا جوز
علماونا رحمهم الله للفضولي ان يصالح المدعي عن المدعي متي كان دينا في حالتي الاقرار
والانكار استدلالا بجواز قضا الاجنبي دين غيره فان قيل يجب ان لا تصح
الزيادة في الثمن من الاجنبي لان اصل الثمن لا يجوز ان يجب علي الاجنبي والمبيع

لغيره

لغيره قيل له ذكر الفقيه ابو بكر الجصاص عن الشيخ ابي الحسن الكرخي انه اورد هذا السوال ومنع
وقال يجوز ان يكون اصل الثمن علي الاجنبي والمثمن لغيره كما تجوز الزيادة في الثمن من الاجنبي
وما بازايها لغيره قال ولا يعرف في هذا رواية منصوص عليها عن اصحابنا بخلاف ما قلنا
فساغ لنا المنع فعلي ما قاله الشيخ الكرخي لا يحتاج الي الفرق قال الجصاص هذا الذي ذكره
الشيخ الكرخي مما يبعد وذلك لان عن اصحابنا رواية في هذا فان محمدا رحمه الله ذكر في
كتاب الصرف وغيره ان من اشترا شيا بدين له علي غيره لا يصح هذا الشرا عند علماينا لانه
اشترا بشرط ان يكون تسليم الثمن علي غيره والمثمن لغيره فاذا كان الشرا بشرط ان يكون
وجوب الثمن والتسليم علي غير المشتري اولي واذا كان كذلك لم يكن بد من الفرق
والفرق ان القياس يابي جواز الزيادة من الاجنبي في الثمن لانها بدل المال
معاوضة من غير ان يحصل بازايه عوض وذلك لا يجوز اعتبارا باصل الثمن الا
انا تركنا القياس بالنص الوارد بجواز قضا الدين من الاجنبي شرعا وهو حديث
ابي قتادة الانصاري حيث امتنع النبي عليه السلام عن الصلاة علي رجل
من الانصار لمكان دين عليه قال ابو قتادة رضي الله عنه هما علي الي وفي مالي
يا رسول الله وجوز ذلك منه حتي صلي علي الميت وذلك القضا منه بذل المال
عوضا عن دينه من غير ان يحصل له عوض بازايه والشرع جوز ذلك لما
اشرنا اليه والزيادة من الاجنبي في الثمن ما معناه كانت ملحقة به استدلالا
به فان قيل ما ذكرتم يستقيم في زيادة يزيدها الاجنبي بعد العقد لان
المبيع اذ ذاك ملك المشتري بجميع اجزايه لكن لا يستقيم في زيادة يزيدها عند العقد
لان المبيع اذ ذاك ليس ملكا للمشتري لا بجميع اجزايه ولا ببعض اجزايه فلا بد وان
يكون شيا من المبيع بازا هذه الزيادة حقيقة لان المبيع مقابل بالزيادة والمزيد
عليه قيل له الزيادة صحت في حق البايع والضامن لا في حق المشتري وتعتبر الزيادة
في حق المشتري برا مبتدا ولهذا قلنا ان المشتري اذا اراد ان يقبض الدار بعد
ما اوفي البايع الفا فقال البايع لا اسلمها اليك حتي اتسلم من الضامن خمسماية لم
يكن للبايع ذلك لكون الزيادة برا مبتدا في حق المشتري فلم يكن للبايع حق استدامة
الحبس بعد ذلك وهذا اذا كانت الزيادة مقيدة بالثمن اما اذا كانت مطلقة بان قال

بان قال الاجنبي ابي منا من لك خمسماية درهم سوي الالف ولم يقل من الثمن ولا تصح
هذه المزيادة لانه لم يتعرض للثمن في معرض الزيادة حتي تجعل زيادة في الثمن
والالف هو الثمن فكانه قال سوي الثمن فيمتنع جعلها من الثمن رجل اشتري جارية
بالف وقبضها ثم اقال البايع بخمسماية او بالف وخمسماية فالاقالة بالثمن الاول
فالحاصل ان الاقالة فسخ عند ابي حنيفة الا ان لا يمكن بان حدث بيعا وعند
بعض المشايخ علي قول ابي حنيفة تبطل الاقالة اصلا في هذه الصورة وقيل
هذا الاختلاف فيما اذا حصل الفسخ بلفظة الاقالة اما اذا حصل بلفظ الفاسخة
او المتاركة او الرد فلا يجعل بيعا وان امكن ان يجعل بيعا وبهذا يتقوي
مذهب ابي حنيفة رجل في يده دار اقام رجل بينة انه اشتراها من ذي
اليد بالف ودفع الالف اليه واقام ذو اليد بينة انه اشتراها من هذا المدعي بالف
ودفع الالف اليه قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله تهاترت البينتان وجاز
البيعان ويقضي بالدار للمدعي والالف بالالف قصاص وهذه المسلة علي الاستقصا
في الباب الطويل من بيوع الجامع فيذكر ههنا ما يليق به لمحمد رحمه الله ان العمل
بالبينتين ممكن لان البيعين منهما لا يتقارنان في الوجود فلا بد من تقديم احدهما
علي الاخر فنقول تقديم شرا ذي اليد من المدعي اولي لانا قد قدمنا شرا المدعي
من ذي اليد لا يصح بيعه من ذي اليد لانتفا القبض من المدعي والقبض في العقار
شرط لصحة البيع عنده كما في المنقول ولو قدمنا شرا ذي اليد من المدعي يصح بيعه
من المدعي لمكان القبض فكان شراوه اولي بالتقديم والاصل عنده ان الشهود اذا
شهدوا بالعقد دون القبض والعين في يد احدهما لجعل القبض للعاين اول
القبضين وان شهدوا بالعقد والقبض جميعا لجعل القبض المعاين اخر القبضين
فيقضي بالدار لذي اليد سريه من المدعي وجه قولهما انهما استويا في اثبات
النسب ومع الاستوا لا يجوز ترجيح احدهما علي الاخر وما ذكر لا ينافي علي قولهما
لان العقار يجوز بيعه قبل القبض عندهما وما قال في الكتاب عقيب قول محمد رحمه الله
الالف بالالف قصاص فذاك قولهما فانه لما لم يصح البيعان فبقي قبض المالين فيتراد ان
ان كانا قايمين وان كانا هالكين يصير احدهما قصاصا بالاخر وعند محمد البيعان قد ثبتا وثبتة

ايضا قبضا الثمنين فلا معني للقصاص رجل اشتري جارية ولم يقبضها حتي زوجها فوطيها
الزوج فالنكاح جايز وهذا قبض من المشتري معناه يصير المشتري قابضا بوطي الزوج
اياها اما جواز النكاح فلان الملك قد ثبت بالشرا والملك حجة في اطلاق التصرفات
قضية هذا جواز البيع قبل القبض الا انا منعنا جواز البيع لان البيع يبطل بالغرر والنكاح
لا يبطل به ومعني الغرر يتحقق في البيع لاحتمال الانفساخ بالهلاك قبل القبض ولان
القدرة علي التسليم شرط لصحة البيع وهي ليست بشرط لصحة النكاح الا تري ان بيع
الابق لا يجوز وانكاح الابقة جايز والقياس ان لا يصير المشتري ذات زوج كان
له ان يردها وفي الاستحسان لا يصير قابضا وجه الاستحسان ان النكاح
عيب حكما وليس بعيب حقيقة لانه لا يتمكن باعتباره نقصان من حيث الحقيقة
فيجب العمل بهما فاعتبرناه عيبا في حق اثبات ولاية الرد وما اعتبرناه عيبا
في حق اثبات القبض به عملا بهما والعمل بهما علي هذا الوجه اولي لانا متي علمنا بكونه عيبا
حكما في اثبات القبض به وفيه نقض الضمان الي المشتري في المبيع يلزمنا العمل
به في اثبات ولاية الرد به وليس فيه نقل الضمان بالطريق الاولي ونظيره اذا اقر
المشتري بالدين علي العبد قبل ان يقبضه لا يصير المشتري به قابضا لانه تعييب
حكما وذكر الصدر الشهيد في الفتاوي الكبري اشترا جارية ثم زوجها قبل القبض
ثم نقض البيع جاز النكاح وان انتقض بطل في قول ابي يوسف خلافا لمحمد رحمه الله
قال رحمه الله والمختار قول ابي يوسف لان البيع متي انتقض قبل القبض انتقض
من الاصل وصار كان لم يكن فصار النكاح باطلا فعلي ما اختاره رحمه الله يتضح
وجه الكلام لان المشتري انما يصير قابضا بعيب يبقي علي تقدير الرد لا بعيب
لا يبقي علي تقدير الرد وذكر القاضي الامام ابو بكر الزرنكري رحمه الله في هذه
المسلة لو ماتت الجارية قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع ومتي لم
يطاها حتي ماتت يجب المهر للمشتري ثم ينظر ان كان الثمن الفا والمهر خمسماية
انقسم الثمن اثلاثا فيكون ثلث الثمن بازا المهر وهو ثلثمايه وثلاثة وثلثون وثلث
ويحل له هذا القدر والباقي لا يحل له بل يتصدق به وعلي المشتري ثلث الثمن
لانه بقدر وجوب المهر صار كالقابض وما قال في الكتاب ان التعييب انما جعل

قبضا لمعنى الاستيلا على المبيع فيه نظر لانه بالتدبير يصير قابضا وليس فيه معنى الاستيلا
على المحل • رجل اشترى عبدا وغاب قبل ايفا الثمن فاقام البايع البينة انه باعه
اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البايع وان لم يدر اين هو وطلب البايع
البيع بيع في دينه واوفي الثمن وان كان هذا قضا على الغايب وانما كان كذلك لان موضوع
المسلة ان العبد في يد البايع وقول الانسان فيما في يده مقبول لو قال هو لي كان القول
قوله فاذا اقر به لغيره وادعى انه مشغول بحقه وجب قبول قوله قال رضي الله عنه
وفي هذا التعليل اشارة الى انه لا يشترط اقامة البينة للبيع اذا كان لا يدري اين
هو لكن مع هذا يشترط اقامة البينة فيكون البيع بحجة بالغة غير انه ان كانت الغيبة
معروفة فالقاضي لا يبيعه لان البايع يمكنه التوصل الى حقه بالذهاب الى مكان المشتري
بخلاف ما اذا كان المشتري لا يدري اين هو لان البايع لا يمكن التوصل الى حقه فمست
الحاجة الى البيع احيا لحقه من مشايخنا من قال ينصب القاضي من يقبض العبد
للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع المشتري وبيع المشتري قبل القبض لا يجوز
فكذا بيع القاضي قال رضي الله عنه ولكن فيه نظر لان المشتري ليس له ان يقبضه
قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيلا عنه وقيل لا ينتصب القاضي وكيلا ليقبضه
للمشتري لان البيع ههنا ليس بمقصود انما المقصود النظر للبايع احيا لحقه والبيع
يحصل في ضمن النظر ويجوز ان يثبت الشي ضمنا وان كان لا يثبت قصدا ومتى باعه
القاضي فان كان في الثمن فضل امسك الفضل للمشتري حتى يحضر وان كان فيه
نقصان رجع البايع على المشتري اذا ظفر به هذا اذا كان العبد في يد البايع فان
سلم البايع البيع الى المشتري والمسلة بحالها فالقاضي لا يبيع العبد في دين البايع
لان حقه غير متعلق بمالية العبد لانقطاع يده عنه بالتسليم رجلان اشتريا
عبدا صفقة واحدة فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه فاذا
حضر الاخر لم ياخذ نصيبه من المبيع حتى ينقد نصيبه من الثمن وهو قول
محمد وقال ابو يوسف ان دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متبرعا
فيما ادى عن صاحبه واجمعوا انهما لو كانا حاضرين واراد احدهما ان ينقد
حصته ويقبض نصيبه ليس له ذلك والخلاف بين ابي يوسف وصاحبيه

رحمهم الله

رحمهم الله في موطنين احدهما في قبض جميع العبد على تقدير نقد جميع الثمن والثاني في
احتباس نصيب الغايب عنه اذا حضر الى ان يستوفي نصيبه من الثمن وجه
قول ابي يوسف في الفصلين ظاهر وهو ان الحاضر اجنبي عن نصيب الغايب فصار
كما لو كانا حاضرين وحجتهما في المسلة من وجهين احدهما ما ذكر في الكتاب من
ان الحاضر مضطر الى ادا جميع الثمن وماله معير الرهن والثاني ان كل واحد منهما وكيل
عن صاحبه متى كانت الصفقة متحدة لان الملك لكل واحد منهما انما يثبت
بقبول صاحبه لانه لو قبل احدهما دون صاحبه لا يثبت الملك للقابل فكان
كل واحد منهما كالمعاون لصاحبه فكان كالوكيل وهو معنى ما قال في الكتاب
انه بمنزلة الوكيل بالشرا غير انه ليس بوكيل من وجه فانه لا يطالب بجميع الثمن
فكان وكيلا من وجه متبرعا من وجه فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم فقلنا
اذا كان حاضرا وادى لا يرجع وان كان غايبا وادى يرجع والعمل بهما على هذا الوجه
اولى من الضد والعكس لمكان الاضطرار الى ادا جميع الثمن باعتبار احتياجه الى انتفاع
نصيبه اذا كان رجل تزوج امراة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم بلغها الخبر فاجازت
النكاح فالنكاح جايز والظهار باطل احدهما ما ذكر في الكتاب من الفرق بين الاعتاق
وبين الظهار من حيث ان الاعتاق حق من حقوق الملك والظهار ليس حقا من حقوق
الملك لان حق الملك ما يتاكد به الملك والملك يتاكد بالظهار والوجه الثاني ان الظهار
ينعقد لتحريم ملك المنفعة مجازاة على كونه مباشرا لما هو منكر من القول وزور وانما
يكون منكرا من القول وزورا اذا كان الحل ثابتا والحل في النكاح الموقوف ليس بثابت
فلا يكون الظهار في النكاح الموقوف في كونه منكرا وزورا مثله اذا كان في النكاح
الصحيح ولو كان مكانه طلاق والمسلة بحالها لا يبطل النكاح ولا الطلاق والفرق بين
امتناع جواز النكاح ههنا بتقدير الاجازة ان الطلاق في النكاح الموقوف امكن تنفيذه
للحال فلا يجوز توقيفه لان الطلاق اذا صادف النكاح النافذ ابطله فاذا صادف
النكاح الموقوف ابطل انعقاده ولهذا كان الطلاق في النكاح الموقوف متاركة بخلاف
الظهار لما قلنا رجل اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لان
العقد اضيف اليهما على السوا فكانا على الاستحقاق على السوا رجل له على رجل

عشرة جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم حتى انفقها او هلكت فهو قضا وهو قول محمد
وقال ابو يوسف يرد عليه مثل زيوف ويرجع عليه بالجياد احيا لحقه في الجودة ولا
يقال ان المقبوض ملكه فكيف يقضي عليه بضمانه لانا نقول جاز ان يقضي عليه بضمان
ما هو ملكه اذا كان فيه فايدة الا ترى ان كسب الماذون له المديون مضمون على المولى
واذا كان ملكا له وكذلك المرهون مضمون على الراهن وان كان ملكا له وههنا في التضمين
فايده وهي احيا حقه في صفة الجودة ولابي حنيفة ما قال في الكتاب والفرق بين
هذا وبين ما استشهد به ان الضمان هناك يجب حقا له ولا سبيل اليه والضمان
هناك يجب حقا للغرما ولذلك سيل طير فرخ في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذلك
لو باضت او تكسر بحيث لا يستطيع البراح عن مكانه لان هذه الاشيا صيد لان الصيد
اسم لما يوخذ الا بتكلف واحتيال اما في المستقبل واما في الحال والفرخ والبيض
بهذه المثابة يدل على صحة ما قلنا قوله تبارك وتعالى يا ايها الذين امنوا ليبلونكم
الله بشي من الصيد تناله ايديكم يعني الفراخ وصغار الوحش لانها لو صارت ملكا
لصاحب الارض باعتبار انها باضت او عششت في ملكه لا يكون فيما بين الناس
صيد لان الطيار او كارها في املاك الناس وكذا اذا تكسر صيد في ارض الغير لان
احتمال البراح والانتزاح بالتماثل والانجبار ثابت وهذا اذا لم يكن صاحب الملك
اعد ملكه لذلك اما اذا اعده لذلك فجميع ذلك لصاحب الارض والنحل اذا عسلت في
ارض رجل فالعسل لصاحب الارض فرق بين هذا وبين ما ذكرنا انفا والفرق ان
العسل ليس فيها معنى الصيدية لا في الحال ولا في المال والارض في يد صاحبها فما
فيها يكون في يد صاحبها وعلى هذا الطين يجتمع في ارض انسان يكون ملكا لصاحب
الارض عبد بين شريكين اشترى ابو العبد نصيب احدهما وهو موسر والمسلة مرت
في كتاب العتاق ولا باس ببيع من يزيد فان قيل هذا استيام على سوم اخيه
المسلم وانه منهي عنه قيل له تاويل النهي اذا ركن كل واحد منهما الى ما قاله
صاحبه اما اذا لم يركن كل واحد منهما الى ما قاله صاحبه فلا يدل على صحة هذا التاويل
ما روي عن فاطمة بنت قيس انها اتت رسول الله عليه السلام فقالت يا رسول الله
ان معاوية وابا جهم خطباني فما ترى فقال عليه السلام اما ابا جهم فلا يضع عليه

قسقاسة

قسقاسة العصا واما معاوية فرجل اخلق من المال اي صعلوك فامرها ان تتزوج
اسامة بن زيد قالت ففعلت فرايت منه خيرا كثيرا فان النبي عليه السلام خطبها
لاسامة بعد خطبة معاوية وابي الجهم اياها اذا لم يكن لها ركون ولا سكون الى خطبة
احدهما والقسقاسة العصا لغة وذكره العصا على اثرها تفسير لها اي ابو جهم سريع
الضرب واذا اردت ان تعرف التفرقة بين الاستيام على سوم اخيه وبين بيع المزايدة
فانظر ان كان صاحب المال ينادي على سلعته فساومه انسان بثمن فلم يكف عن
النداء فهو بيع مزايدة وان كف عن النداء وركن اليه فهو استيام على سوم اخيه رجل
اشترى دارا فراى خارجها او اشترى ثيابا فراى ظهورها ومواضع الطي منها فلا خيار له لان
النبي عليه السلام اثبت خيار الروية لمن اشترى شيا قبل ان يراه والذي راى ظاهر
الدار ثم اشتراها عليه انه راى الدار وكذلك من راى ظهور الثياب ومواضع الطي منها
لان روية بعض الشي يسمى روية لذلك الشي عادة فلا يمكن ادخاله تحت النص وبعض
مشايخنا قالوا اذا كان روية البعض تدل على روية الكل وقد راى ذلك البعض بطل
خياره والا فلا والتعويل على هذا ولهذا قال في الكتاب قال مشايخنا هذا في عرفهم
فان الباطن لا يخالف الظاهر اما في بلادنا فلا والله اعلم

باب الكفالة

رجل اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ياخذ كفيلا اخر فهما كفيلان لان حكم الكفالة التزام
المطالبة وانه يحتمل التعدد اعلم بان موجب الكفالة عندنا صيرورة ذمة الكفيل
مضمومة الى ذمة الاصيل في حق المطالبة دون اصل الدين ولهذا قلنا ان ابرا
الكفيل لا يرتد بالرد لانه ابرا لا يتضمن معنى التمليك لان الملتزم بالكفالة
المطالبة دون الدين ولهذا قلنا ان الاصيل اذا رد الابرا يرتد في حق الاصيل
دون الكفيل لان ابرا الاصيل يتضمن معنى التمليك دون ابرا الكفيل وقال
الشافعي موجبها وجوب الدين على الكفيل فيصير الدين في حكم الدينين فتصير الذمتان
كذمة واحدة رجل كفل بنفس رجل ولم يقل اذا دفعته اليك فانا بري فدفعه
اليه يبرا كالغاصب اذا رد المغصوب والمستعير اذا رد المستعار فانه يبرا عن ضمان
الرد ولتختلف المشايخ فيما اذا سلم الكفيل المكفول بالنفس ولم يقل سلمته اليك بجهة
الكفالة ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده انه لا يبرا وذكر الشيخ الامام الزاهد

احد الطرفين انه يبرا وذكر شيخ الايمة السرخسي انه يبرا من غير اشتراط شي والمكفول
بالنفس اذا سلم نفسه الي المكفول له بجهة الكفالة يجبر علي القبول حتي يبرا الكفيل قال
رضي الله عنه كان والدي رحمه الله يقول هذا اذا كانت الكفالة بالامر فان كانت بغير الامر
لا يبرا لانها اذا كانت بالامر فالمكفول به مضطر الي هذا التسليم تقصيا عن العهدة
بخلاف ما اذا لم يكن بالامر ولا كفالة في الحدود ولا في القصاص وقال ابو يوسف ومحمد
لا باس بها اعلم بان الخلاف في حد القذف والقصاص ولا خلاف في الحدود الخالصة لله
تعالي كحد الزنا وشرب الخمر والسكر من النبيذ ولهما في المسالة وجهان احدهما ما ذكر
في الكتاب من ان تسليم التسليم ههنا اوجب والوجه الثاني ان القصاص محض حق
العبد وفي حد القذف حق العبد ايضا ولهذا اشترط فيه الدعوي والمدعي يحتاج الي ان
يجمع بين الشهود وبين المطلوب والمطلوب ربما يخفي نفسه فيحتاج الي ان يوخذ منه
كفيلا ليتوصل به الي المطلوب فيقوم باثبات حقه بالبينة وابو حنيفة يقول ان
الكفالة مشروعة للتوثيق والحد والقصاص بنيا علي الدرء فلا يليق التكفيل بهما
فان قيل قد قلتم يحبسه باقامة شاهد عدل ومعني الاحتياط في الحبس اكثر منه في
اخذ الكفيل قلنا الحبس ليس للاحتياط ولكن لتهمة الدعارة والفساد فيحبس تعزيرا
له وقد روي عن شريح رحمه الله انه قال لا كفالة في حد وروي هذا مرفوعا الي رسول
الله عليه السلام والخلاف في جبر القاضي علي اعطا الكفيل اما لو سمحت نفسه بذلك
فهو جايز وليس تفسير الحبس ههنا الحبس لكن يامره بالملازمة وليس تفسير الملازمة
المنع من الذهاب لانه حبس لكن يذهب الطالب مع المطلوب ويدور معه اينما دار
كيلا يتغيب فاذا انتهي الي باب داره واراد الدخول يستاذنه الطالب في الدخول
فان اذن له يدخل معه وليكن حيث سكن وان لم ياذن له في الدخول يجلسه
علي باب داره ويمنعه من الدخول ولا يحبس فيهما حتي يشهد شاهدان مستوران
او رجل عدل يعرفه القاضي بالعدالة لانهما يصلحان لاثبات التهمة وهذا قول
ابي حنيفة وعلي قولهما في الحبس ههنا روايتان فعلي الرواية التي يحبس لا يكفل
وعلي الرواية الاخري يكفل فرق بين هذا وبين دعوي المال فان دعوي المال
لا يحبسه بشهادة العدل عنده ولا بشهادة المستورين عندهما لان الحبس في

دعوي

دعوي المال اقصي العقوبات الا تري انه بعد ما ثبت الحق لا يعاقب بعقوبة اخري سوي الحبس
فقبل ثبوت الحبس لا يجوز ايجاب اقصي العقوبات ولا كذلك الحد والرهن والكفيل جايزان في
الخراج لانه دين واجب الا تري انه يحبس به ويلازم لاجله ويمنع وجوب الزكاة فيجوز
الكفالة والرهن به اعتبارا بسائر الديون • رجل له علي اخر مائة درهم فكفل رجل
بنفسه علي انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فالكفالتان جايزتان وقال
الشافعي لا تصح الكفالة الثانية وهي الكفالة بالمال اولي لان الاولي لا تصح عنده وللشافعي
رحمه الله اقوال ثلاثة في الكفالة بالنفس في قول هي صحيحة كقولنا وفي قول هي ضعيفة
وفي قول لا تكون صحيحة لانه لم يلتزم ما لا يقدر علي تسليمه فيكون كبيع الطير في الهوا
ولنا ما روي عن النبي عليه السلام كفل رجل في تهمة والتكفيل اخذ الكفيل بالنفس
كذا قاله شمس الايمة السرخسي وكان بين عمر وعلي رضي الله عنهما خصومة فكفلت ام
كلثوم بنفس علي وكفل حمزة بن عمرو الاسلمي رجلا في تهمة فاستصوبه عمر رضي الله عنه
وابن مسعود رضي الله عنه استتاب اصحاب النواحة وكفلهم عشايرهم ونفاهم الي
الشام ولهم قصة وهي عندي واذا لم تصح الكفالة بالنفس عنده لا تصح الكفالة بالمال
لانها تعليق سبب وجوب المال بالشرط فلا يجوز اعتبارا بسائر الشروط كدخول الدار ونحوه
ولانه انما يعلق بالاخطار ما لا يلزم كالوكالة او ما يجوز ان يحلف به ولنا في المسالة
طريقان احدهما انه يحمل علي التقديم والتاخير فيجعل كانه كفل بالمال للحال ثم علق البراة
عن الكفالة بالمال بالموافاة بالنفس والموافاة تصلح سببا للبراة عن الالتزام بالكفالة
ولان ابرا الكفيل اسقاط محض ولهذا لا يرتد بالرد فيصح تعليقه بالاخطار كالطلاق
والعتاق والتقديم والتاخير في الكلام جايز فاذا كان في هذا الوجه تصحيح كلامه
عملا عليه تحرزا عن الغاية الا ان شمس الايمة السرخسي زيف هذا الطريق بمسالة
وهي ان المكفول عنه ههنا لو رهن عند الكفيل شيا من المال المكفول به لا يصح الرهن
ولو كان هذا كفالة بالمال للحال لجاز الرهن به كما لو كانت الكفالة بالمال منجزة والطريق
الثاني قوله تعالي ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم علق الكفالة بالمال بشرط المجي بالصواع
وشرايع من قبلنا تلزمنا اذا ثبت بذلك بكتابنا او بقول رسولنا لقوله تعالي فبهداهم
اقتده والمراد بالهدي الايمان والشرايع قال الله تعالي هدي للمتقين والمعني

فيه ان هذه كفالة علقت بخطر للناس فيه تعامل فيجوز قياسا على الكفالة بالدرك وهذا لان القياس يترك بالتعامل كما يترك للضرورة الا ترى ان القياس يترك بالتعامل فيما هو اضيق جوازا من الكفالة كالبيع فانه لو اشترى نعلا وشراكا على ان يحذوها البايع جاز وان شرط فيه شرط لاحد المتعاقدين فيه منفعة للتعامل فلان يترك القياس بالتعامل في الكفالة وانها اوسع جوازا كان اولى واحرى وبيان التعامل في ذلك ان الناس تعاملوا تعليق الكفالة بالمال بعدم موافاة المكفول به لما في الكفالة الثانية من تاكيد ما وجب بالكفالة الاولى من حيث المعنى لانها سبب لوصول الحق اليه فان الكفيل يجد في طلب المطلوب ليسلمه الى الطالب وتاكيد الحقوق بالوثايق متعامل الا ترى انهم تعاملوا تعليق الكفالة الواحدة بقدوم من تيسر الادا على الكفيل بقدومه بان كان مطلوبا او كان شريكا للكفيل او مضاربا له او مستبضعا له لهذا المعنى فكذلك ههنا واذا لم يواف بنفسه حتى لزمه المال لا يبرا من الكفالة بالنفس ونظيره ما قال في المبسوط في كتاب الوكالة ولو وكل رجلا ان يخلع امراته وقال له ان ابت الخلع فطلقها فابت الخلع فطلقها الوكيل وقع بايقاعه ولا تبطل الوكالة بالخلع حتى لو قالت انا اخلع فخلعها وهي في العدة جاز الخلع وما قال الكافي ان هذا تعليق التزام المال فيه خطر لان ما قال على قاعدة مذهبه قلنا ان يمنع لان الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال على ما ذكرنا فالحاصل في مسئلتنا هذه ان تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح وبغير المتعارف كدخول الدار ونحوه باطل قال شمس الايمة السرخسي ونعني بقولنا باطل ان الشرط باطل فاما الكفالة فصحيحة لان الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح ونحوه • رجل كفل بنفس رجل فان لم يواف بها غدا فعليه المال فمات المكفول به ضمن الكفيل لتحقق الشرط وهو عدم الموافاه فان قيل شرط الكفالة عدم الموافاه بالنفس حال بقا الكفالة بالنفس الا ترى ان الطالب لو ابرا الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل انقضا المدة لا يلزم الكفيل شي لان بالابرا انفسخت الكفالة فلم يتحقق عدم الموافاه حال بقا الكفالة بالنفس قيل له الابرا وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالابرا تنفسخ الكفالة من كل وجه

وبالموت

وبالموت ينفسخ فيما يرجع الى الطالب بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عن التسليم المستحق بعقد الكفالة لان المستحق به تسليم يقع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم ولا ضرورة الى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق هذا اذا مات المكفول به فان مات الكفيل قبل انقضا المدة هل يجب المال دينا في تركة الكفيل اذا مضت المدة وانقضت في الاصل اشارة الى انه يجب فانه قال ان وافا ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضا المدة لا يلزم الكفيل المال وان ابى القبول يجبر عليه لان لهم حقا في ذلك وهو ان لا يلزمهم المال عند انقضا المدة قال رضي الله عنه وقد استفتي والدي رحمه الله في مسلة هي من جنس ما نحن فيه وهي ان الرجل اذا كفل بنفس رجل على انه متى طالبه بتسليمه ولم يسلم اليه فعليه ما له عليه من المال المدعى فلم يطالبه الطالب بتسليمه حتى مات المكفول بالنفس ثم طالبه بالتسليم فعجز هل يقضى بالمال على الكفيل ام لا فلم يجد لهذه المسلة رواية في الكتب ثم افتى انه لا يقضى عليه بالمال لان الكفالة بالمال معلقة بالعجز عن التسليم عند المطالبة والمطالبة انما تصح عند رجا التسليم فاذا انقطع الرجا بالموت امتنعت المطالبة فلم يوجد ما هو الشرط فلا يجب المال محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله في رجل لزم رجلا وادعى عليه مائة دينار او لزمه ولم يدع عليه مائة دينار فقال له رجل دعه فانا كفيل بنفسه وان لم اوافك به فعلي مائة دينار فرضي به فلم يواف به غدا قال عليه مائة الدينار في الوجهين اذا ادعى صاحب الحق انها له وهو قول ابي يوسف وقال محمد رحمه الله ان ادعاها يعني المائة ولم يسلمها حتى كفل له رجل بمائة دينار ثم ادعاها لم التفت الى دعواه ن وقوله في الكتاب سودا او بيضا بيان صفة المدعى لمحمد رحمه الله ما قاله الامامان في الكتاب الشيخ الكرخي والامام ابو منصور الماتريدي ولهما ما قال في الكتاب ايضا ولانه اتى بكلمة الايجاب والالزام ووجه الوجوب فيها اغلب لانه لما لازمه ثم خلى سبيله عند قوله فعلي فالظاهر انه انما خلى سبيله باعتبار الكفالة فكان كفالة ولا يكون عده

باب الكفالة بالمال

رجل كفل

عن رجل بمال فاخر صاحب المال عن الاصل فهو تاخير عن الكفيل وان اخر عن الكفيل
لم يكن تاخيرا عن الاصيل اعتبارا بالابرا ومعناه ان التاخير والتاجيل ابرا موقت
فيعتبر بابرا موبد وفي الابرا الموبد الجواب علي نحو ما قلنا فكذا في الموقت فان قيل
هذا ايشكل بمسلة ذكرها الشيخ الامام ابو الفضل عبد الرحمن بن محمد الكرماني في
تحريره في باب الكفالة بالمال الي اجل ولو كان المال حالا في حق الاصيل فكفل
به انسان الي سنة فهو جايز والتاخير عنهما استحسانا ولو لم يكن التاخير عن الكفيل
تاخيرا عن الاصيل لما كانت الكفالة الي سنة تاخيرا عنهما قيل له في الفرق بينهما ان
تاجيل الكفيل بعد الكفالة تاخير للمطالبة عن الكفيل لان الملتزم بالكفالة ٧
المطالبة دون الدين عندنا فكان التاجيل تاخيرا للملتزم فلا يثبت التاجيل
في حق الاصيل اذ الدين لم يذكر في معرض التاجيل وفيما ذكره ذكر الدين في معرض
التاجيل فوجب المطالبة عليه ابتدا موجلة ولن يكون عليه موجلا ابتدا الا
بعد ثبوت التاجيل في حق الاصيل فيوجل في حقهما واذا اخر الطالب عن الكفيل
وحده فادي الكفيل المال قبل محل الاجل لا يرجع علي الاصيل قبل حلول
الاجل هو المذكور في عامة روايات هذا الكتاب وذكر في بعض رواياته ان له
ان يرجع قبل محل الاجل لان المال حال في حق الاصيل وصاحب الدين يملك المطالبة
فكذلك الكفيل يملكها لقيامه مقامه وجه عامة الروايات ان الكفيل لا يطالب ما لم
يطالب علي ما قيل اذا طولب طالب ولا مطالبة نحو الكفيل زمان الادا فلا يملكها
الكفيل قبل حلول الاجل رجل كفل عن رجل بالف درهم فقضاه قبل ان يعطي
صاحب المال فليس له ان ياخذها منه لان المدفوع الي الكفيل ان كان بجهة
الرسالة ومعناه قال له خذ هذا المال وادفعه الي الطالب لانه تعلق
بالمودي حق المكفول له فلا يملك الاسترداد قياسا علي المشتري في البيع المشروط
فيه الخيار للبايع اذا انقد الثمن في مدة الخيار ثم اراد الاسترداد لا يملك لتعلق
حق البايع به ولانه ساع في نقض ما اوجبه ومتي اعطاه علي وجه القضا
لا يملك الاسترداد ايضا لان الكفالة متي كانت بالامر تستوجب الكفيل
دينا في ذمة المكفول عنه لكن موجلا الي غاية القضا ولهذا قلنا ان

المكفول

المكفول عنه اذا رهن عبدا عند الكفيل بذلك الدين يصح ولا رهن الا بالدين والمديون
اذا قضي دينا موجلا قبل محل الاجل لا يملك الاسترداد فان ربح علي هذا المال وقد
اعطاه علي وجه الرسالة لا يطيب له الربح عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف
يطيب بنا علي ان المودع اذا تصرف في الوديعة وربح لا يطيب عندهما خلافا
لابي يوسف والمسلة تاتي في كتاب الغصب ان شا الله تعالي وقد مر شي في
كتاب البيوع وان كان الدفع علي وجه القضا فان كان الدين دراهم او دنانير
يطيب له استحسانا عندهم جميعا فان كان الدين طعاما وقد اعطاه اياه علي وجه
القضا فعلي قول ابي يوسف ومحمد يطيب له الربح ولا يتصدق وهو رواية
عن ابي حنيفة في كتاب البيوع وذكر في الكتاب ان علي قول ابي حنيفة يستحب
له ان يرد الربح علي مالكها وذكر في كتاب الصلح ان علي قول ابي حنيفة يطيب وذكر
في كتاب الكفالة انه يستحب له ان يتصدق والحاصل ان عند ابي حنيفة يومر
الكفيل بالتصدق استحبابا وان شا لم يتصدق ورده علي المالك وجه قولهما
ان اقتضا الكفيل صحيح لانه اقتضا من المكفول عنه دينه الموجل فيطيب
له الربح كما لو اقتضى صاحب الدين دينه الموجل وربح عليه او نقول شرط
طيب الربح فيما سوي النقود اشيا ثلاثة الملك بوصف الصحة والعينية وكون العين
في ضمان الرابح وقد وجدت هذه الاشيا الثلاثة اما الملك بوصف الصحة
فيما قلناه انفا واما العينية فظاهر وجودها واما الضمان فكذلك لان القبض
اذا كان بجهة الاقتضا يكون المقبوض مضمونا علي القابض وانما اخذنا بالعينية
قيدا في التعليل تحرزا عن المانع فان المستاجر اذا اجر المستاجر باكثر مما استاجر
لا يطيب له الزيادة لفقد العينية وجه في ابي حنيفة ان شرط الطيب ما ذكر من
الاشيا الثلاثة لكن بشرط ان يكون الملك صحيحا من كل وجه ولم يوجد ههنا
لان المكفول عنه بسبيل من استرداده باداما عليه الي صاحب الدين حال
قيام الكفالة لان الكفالة بالادا ينتهي ولا ينفسخ والاستبداد باسترداد
المقبوض حال قيام العقد مظنة فساد العقد كما في البيع الفاسد ٥
وباعتبار ان الكفيل يستوفي دينه الموجل يكون ملكه صحيحا فلو كان الملك

صحيحا من كل وجه لا يومر بالتصدق لا ايجابا ولا استحبابا فاذا كان صحيحا
من وجه فاسدا من وجه امرناه بالتصدق او بالرد على المالك استحبابا لا ايجابا
توفيرا على الشبهين حظهما من الحكم بخلاف البايع اذا قبض الثمن وهو مكيل
او موزون وربح عليه وللمشتري خيار روية وعيب فالبايع لا يومر بالتصدق
استحبابا وكذا الاجر اذا استعجل الاجرة قبل مضي المدة وهو طعام فيصرف فيه
وربح لان الاسترداد في هذه المسايل انما تثبت حكما لانفساخ السبب وانه
لا يعد له على الفساد فاما في مسئلتنا يثبت للكفيل حق الاسترداد حال قيام
الكفالة وهذا حكم ملك فاسد لان البيع ينفسخ بالاسترداد بخلاف الكفالة
على ما قلنا • رجل قال للكفيل ضمنت لي مالا قد برئت الي من المال فهذا منه
اقرار بالاستيفا حتى كان للكفيل ان يرجع على المكفول عنه حتى كانت
الكفالة بالامر لانه اقر ببراة ابتداها من الدين واختتامها من صاحب
الدين وذلك بالاستيفا وبالايفا يكون ولو قال للكفيل ابراتك لا يكون
هذا اقرارا بالاستيفا لانه يحتمل الاسقاط والاستيفا فلا يثبت ولاية الرجوع
بالشك وكذلك لو قال برئت عند محمد لمكان هذا الاحتمال وعند ابي يوسف
يكون اقرارا بالايفا لانه اضاف البراة اليه وذلك بفعل يكون منه وهو
الايفا • رجل ضمن على رجل بامر ثم انه امر الكفيل بان يتعين عليه حريرا
ففعل الكفيل فالشرا للكفيل والربح للبايع عليه وفي تفسير العينة قولان
احدهما ان يستقرض الرجل من اخر عشرة دراهم فالمقرض لا تسمح نفسه
بالاقراض طمعا في اصابة الفضل الذي لا يصيبه بالقرض فيقول ان نفسي
لا تسمح بذلك ولكن ابيعك ثوبا قيمته عشرة باثني عشر الى اجل لتبيعه في
السوق بعشرة فيحصل لك عشرة ولي اثني عشر فيرضى المستقرض بذلك
فيفعلان ذلك سمي هذا العقد عينة لان المقرض اعرض عن القرض الى بيع
العين والثاني ان يجعل بينهما ثالثا في هذه الصورة فيبيع صاحب الثوب
الثوب باثني عشر ويسلمه اليه ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة
ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة وياخذ

منه

منه عشرة ويدفعها الى من اي مستقرضا فيدفع حاجته وانما ادخلا بينهما ثالثا
تحرزا عن شرا ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وهذا النوع من المبيع ذميم اخترعه
اكلة الربا وقد ذمهم رسول الله عليه السلام بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين
واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم وقيل اياك والعينة فانها العينة ومصداق
هذا الحديث ما دهانا من البلا ودهينا من اللاوا اذ الناس في زماننا بعضهم اشتغلوا
بالعين فابتلوا بهذه الفتن وبعضهم اقبلوا على الجد في الزراعة فقرعوا بقارعة
ذات باس وقطاعة وعلماوهم اخذوا في اقتراب ابواب السلطان فاخذوا
بانواع الافتنان ربنا ظلمنا انفسنا وان لم تغفر لنا وترحمنا لنكونن من الخاسرين
ربنا اكشف عنا العذاب انا مومنون اذا عرفنا تفسير العينة رجعنا الى اصل
المسئلة الشرا يقع للكفيل لان الكفيل لم يصر وكيلا بالشرا لانه لم يقل تعين لي
حريرا وانما قال تعين علي وكلمة على كلمة ضمان لا كلمة توكيل ومعنى الضمان ههنا ان
يقول المديون للضامن اشتر لي ثوبا لتبيعه في السوق فيقضي بثمنه الدين المكفول
به فان امكنك ان تبيع الثوب بمثل ما ابتعته فبها ونعمت وان لم يمكنك ذلك الا بالخسران
والنقصان فذاك علي فعلى معنى الضمان غير ان هذا الضمان باطل لان الضمان
انما يصح بما هو مضمون فلا يصح ضمانه وفي بعض النسخ من هذا الكتاب تعين لي
حريرا مكان تعين علي حريرا وقال في التعليل انه اخرج الكلام مخرج الوكالة
والوكالة لا تصح لمكان الجهالة ثم اختلفوا في الجهالة قال الفقيه ابو الليث رحمه
الله جهالته في الطول والقصر وقال بعضهم جهالته في الجنس واللون لان الحرير
ما يتلون ويتجنس وقوله في الكتاب والربح الذي ربحه البايع عليه معناه
على الكفيل لان الشرا لما وقع للكفيل كان الفضل على قيمة الثوب على الكفيل رجل
ضمن عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه او بما لزمه فغاب المكفول عنه
فاقام المدعي البينة على الكفيل بالف درهم لا يقبل حتى يحضر المكفول عنه فيقضي
عليه اما في قوله بما قضي له عليه فظاهر اذ الكفالة معلقة بالقضا والمعلق
بالشرط عدم قبل وجود الشرط واما في الذوب واللزوم فمشايخنا قالوا هذا الجواب
بنا على عرف اهل الكوفة فان في عرفهم يراد بالذوب واللزوم الوجوب بجهة القضا

فان قيل وجب ان نقبل هذه البينة لان قوله ما داب لك علي فلان كلمة تستعمل في
الماضي فكان المال واجبا قبل الكفالة وهكذا نقول في العبارتين قيل له هذه
العبارات وان كانت للماضي لكن يراد بها الاستقبال عرفا ونظيرها ما يكتب في
العهود والمواثيق شهد فلان بن فلان بكذا ويراد بها المستقبل وكذا يقال في الدعا
اطال الله بقاك ويراد به ما قلنا • رجل ادعي علي غيره انك كفلت لي عن فلان بالف
درهم لي عليه بامره وجحد عليه الكفالة فاقام المدعي بينة علي ما ادعي فالقاضي
يقضي علي الكفيل والاصيل اما علي الكفيل فظاهر واما علي الاصيل فلمكان الاتصال
بين الحاضر وهو الكفيل وبين الغايب وهو الاصيل باعتبار الامر وهذا بنا علي اصل
وهو ان الانسان اذا ادعي علي الحاضر شيا لا يمكنه اثباته عليه الا باثباته علي الغايب
ان كان بين الحاضر وبين الغايب اتصال بان نجري بينهما امر ينتصب الحاضر خصما
عن الغايب ويكون القضا علي الحاضر قضا علي الغايب وان كان المدعي يدعي الكفالة لا بامر
فالقاضي يقضي علي الكفيل دون الاصيل لما قلنا فان قيل ما الفرق بين هذا وبين
ما اذا ابهم المدعي المال وصورته رجل ادعي علي رجل انه كفل له عن فلان بكل ما له
قبله من المال فجحد الكفيل ذلك فاقام المدعي البينة علي الكفالة والمال قضي بالكفالة
وبالمال علي المكفول عنه بالغايب سوا ادعي الامر او لم يدع قيل له في الفرق بينهما
ان المدعي متي كان مالا مقدرا امكن اثبات ذلك المال علي الكفيل باعتبار اقراره نظرا
الي كفالته لتضمنها الاقرار بالمال فلا حاجة الي تعدية المال الي المكفول عنه والاتصال
منتف وفيما اذا ابهم الكفالة من الوجه الذي قلنا لا يمكنه اثبات المال علي الكفيل
باعتبار اقراره لتعطل الكفالة بصفة الابهام فمست الحاجة ودعت الضرورة
الي اثبات كفالة متعدية الي المكفول عنه عملا بالبينة واذا ثبت الكفالة بصفة
الابهام امكن اثبات المال بعد ذلك علي وجه يتعدي حكما للكفالة المبهمة وهذه
حيلة يحتال بها لاثبات الدين علي الغايب من غير ان يكون بين الكفيل وبين الغايب
اتصال فان قيل هذا الفرق يشكل بما قاله شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في
شرح كتاب البيوع من الجامع في الباب الاول ان الرجل اذا اشتري جارية واراد
ردها بعيب النكاح وانكر البايع ذلك فاقام المشتري البينة علي النكاح لم يكن له

ان يردها

ان يردها ولو ادعي ان البايع كان زوجها من فلان وبرهن دعواه بالبينة كان له ان يردها
علي البايع لمكان الاتصال بين الحاضر وهو البايع وبين الغايب وهو الزوج بامر جري
بينهما وهو النكاح وقد تعذر اثبات ما هو المقصود علي البايع وهو الرد علي تقدير انتفا
هذا الاتصال كما في الكفالة المبهمة فيجب ان تقبل هذه البينة كما في الكفالة المبهمة
قيل له في الفرق بينهما انا قد اخذنا فيما ادعينا قيدا وهو ان ما هو المقصود اذا كان
مبنيا علي سبب لا يستقل غير المدعي من الناس بابطاله كما في الكفالة المبهمة فانها
متي تثبت لا يستقل غير المدعي من الناس بابطالها كانت البينة مقبولة ويقضي علي الحاضر
والغايب جميعا وفي باب النكاح ما هو المقصود وهو الرد مبني علي سبب يستقل غيره
بابطاله وهو النكاح وفرق اخر بين الكفالة بمال مقدر وهو ان الحاضر انما ينتصب
خصما علي الغايب اذا لم يكن اثبات ما يدعيه علي الحاضر الا باثبات ما يدعيه علي الغايب
اما اذا امكن فلا ففي الفصل الاول اذا لم يدع الامر امكن اثبات ما يدعيه علي الحاضر
لانه يدعي علي الحاضر الدين بسبب الكفالة وقول الكفيل كفلت لك عن فلان بالالف
الذي لك عليه اقرار من الكفيل بوجوب الالف وهذا كان لصحة القضا ولا ضرورة
الي اثبات شي اخر فلم ينتصب الحاضر ههنا عن الغايب اما في الفصل الثاني قول
الكفيل كفلت لك بكل ما لك عليه ليس باقرار من الكفيل بوجوب شي عليه لانه لم
يقدر لشي معلوم فصار تقدير كفلت لك بكل مال لك عليه ان كان لك عليه شي فكانت
الكفالة معلقة بوجوب المال عليه وما لم يثبت الوجوب عليه لا يوجد شرط صحة للكفالة
فلا تثبت الكفالة واذا لم يكن اثبات الدين علي الكفيل في الفصل الثاني الا باثبات
الدين علي الغايب انتصب الحاضر خصما عن الغايب فتعدي القضا يدعي الامر
فاقتصر القضا علي الحاضر فلهذا افترقا كفيل صالح رب المال من الالف علي خمسماية
بري الكفيل والاصيل والمسلة علي اربعة اوجه ان شرطا براتهما في الصلح بريا جميعا
عن خمسماية وان شرطا براة المطلوب فكذلك يبران جميعا وان شرطا براة الكفيل
لا غير بري الكفيل عن خمسماية لا غير والالف بحاله علي الاصيل وان لم يشترطا في الصلح
براة واحد منهما بان قال الكفيل للطالب صالحتك علي الالف صالحتك عن الالف علي
خمسماية ولم يزد علي هذا وهي مسلة الكتاب بريا جميعا عن خمسماية لان اضافة الصلح

الي الالف اضافة الي ما علي الاصيل لان الكفيل بالكفالة لا يستوجب دينا علي نفسه
وانما يستوجب المطالبة فيبرا الاصيل فيبرا الكفيل لان براة الاصيل يوجب براة
الكفيل رجل باع دارا وكفل رجل بالدرك ثم جا الكفيل يدعي الدار لنفسه علي المشتري
لا تسمع دعواه وكفالته هذه تسليم قال ش بحثنا انما لا تسمع لوجهين احدهما ان البيع
اذا كان بشرط الكفالة يتوقف جواز البيع علي قبول الكفيل في المجلس واذا قبل في
المجلس حتي تم البيع وانبرم كان الكفيل في دعواه هذه ساعيا في نقض ما اوجبه
ومن سعي في نقض ما اوجبه مثل سعيه في الحياة الدنيا فعلي هذا ولم تكن الكفالة
مشروطة في البيع تصح الدعوي والوجه الثاني ان المبتغي من هذه الكفالة اتمام البيع
واحكامه بان لا يرغب المشتري في تملك هذه الدار شراء خوفا من الاستحقاق فيتكفل
الكفيل هذه الكفالة تسكينا لقلب المشتري وتحريضا له علي الشرا كانه يقول اشتر هذه
الدار ولا تبال فانها ملك البايع فان ادركك درك فانا ضامن فيكون مقرا بملك البايع
فلا تصح منه الدعوي اصلا واطلاق الجواب في الكتاب يدل علي هذا

باب شركة المتفاوضين

متفاوضان افترقا فلاصحاب الدين ان ياخذوا ايهما شاوا بجميع الدين
لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه لان المفاوضة تتضمن الكفالة والوكالة لانبائها
عن المساواه فيطالب كل واحد منهما بالنصف بجهة الاصالة وبالباقي بجهة الكفالة
فان احدهما شا لا يرجع علي صاحبه حتي يزيد المودي علي النصف لوجهين احدهما
ما ذكر في الكتاب ووجه ذلك ان الواجب علي الكفيل بحكم الكفالة المطالبة دون
الدين والموجود منه قضا الدين فيجعل الموجود منه قضا لحقيقة الدين لا لما
هو وسيلة الي الدين اعني به المطالبة بخلاف ما اذا زاد المودي علي النصف ولانه
لو جعل قضا عما عليه كان اصيلا ولو جعل قضا عما علي شريكه كان وكيلا والاصل
اصالة الانسان في التصرفات والوجه الثاني ان شيا من المودي قبل ان يبلغ النصف
لو وقع عن شريكه كان لشريكه ان يرجع عليه لان اداه بامره كادايه بنفسه فيصير
كانه اديه بنفسه فكان له ان يرجع عليه ثم كان للمودي ان يرجع عليه وهكذا يدور
كل ما يلزم منه الدور فهو ساقط من الابتدا بخلاف ما اذا زاد المودي علي النصف
رجلان اشتريا من رجل عبدا علي ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه لم يرجع احدهما

علي

علي صاحبه بشي حتي يزيد المودي علي النصف لما قلنا • رجلان كفلا عن رجل بالف علي ان كل واحد
منهما كفيل عن صاحبه فادي احدهما شيا كان له ان يرجع علي صاحبه بنصف ما ادي
لان الواجب علي كل واحد منهما واجب بطريق الكفالة وهما شرع سوا في الالتزام بحكم الكفالة
وهذه السواسية انما تستمر علي تقدير ان يكون له ولاية الرجوع بنصف ما ادي بخلاف
ما تقدم لان الالتزام هنالك كان بجهة الاصالة والكفالة وايقاع المودي عما عليه بطريق
الاصالة اولي ولو ابرا رب المال احدهما كان له ان يرجع علي الاخر بجميع الدين لان المسلة
مصورة فيما اذا كان كل واحد منهما كفيلا بجميع المال وابرا الكفيل لا يوجب براة الكفيل
الاخر رجل كاتب عبدين له كتابة واحدة وجعل نجومهما واحدا وكل واحد منهما كفيل
عن صاحبه القياس ان لا تصح الكفالة ببدل الكتابة لا تصح واذا لم تصح الكفالة لا تصح الكتابة
لان الكفالة لا تصح مشروطة في الكتابة والكتابة تبطل بالشروط الفاسدة وفي الاستحسان
تصح الكتابة لان تصرف الانسان واجب التصحيح بقدر الامكان وامكن تصحيح الكتابة
ههنا بان يجعل البدل علي كل واحد منهما كملا وذلك جايز كالمكاتبة اذا ولدت ولدا يعتق
البدل علي كل واحد منهما وبعد الوما تبت الام فالولد ليسعي علي نجومها واذا كان
كذلك صار كل واحد منهما مطالبا بجميع المال بحق الاصالة فلا يظهر حكم الكفالة فصحت
الكتابة وفي الحقيقة المال مقابل بهما حتي يكون موزعا منقسما عليهما ولكنا قدرنا
المال علي كل واحد منهما تصحيحا للكتابة فعملنا وراء ذلك العبرة للحقيقة فان ادي احدهما شيا
رجع علي صاحبه بنصف ما ادي فان قيل كيف يرجع علي صاحبه بنصف ما ادي وقد
قلتم ان المال مقابل بهما فيكون لكل واحد منهما بعضه فيجب ان لا يكون له حق الرجوع
ما لم يزد المودي علي ما يخصه كما قدمنا ذكره وقيل له انما يرجع علي صاحبه بنصف
ما ادي تحرزا عن تفريق الصفقة علي المولي لان المودي لو وقع عن المودي علي الخصوص
يبرا باداية عن نصيبه فيعتق لان المكاتب اذا بري عما عليه من البدل يعتق
والمولي شرط عليهما ان يوديا جميعا ويعتقا جميعا فاوقعنا المودي عنهما تحرزا
عن هذا ونظيره نصراني كاتب عبدين له نصرانيين علي خمر كتابة واحدة
فاسلم احدهما انقلب ما عليهما قيمة لانه لو انقلب ما علي المسلم منهما قيمة
ما علي الاخر بتميز نصيبه عن نصيب صاحبه فيعتق باداء ما عليه فيودي

الي تفريق الصفقة من الوجه الذي قلنا فان قيل اذا كان المال مقابلا بهما فيا دراحكم
التصحيح لو وقع المودي عن نصيب المودي لا يلزم العتق علي هذا التقدير كما لو اشتريا
رجلان شيا واحدا بثمن واحد وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه اذا ادي احدهما
مقدار نصيبه من بدل الكتابة لا يعتق ولا يرجع علي شريكه بشي لان العتق ههنا
نظير القبض هناك بخلاف ما لو كاتبهما علي خمر كتابة واحدة ثم اسلم احدهما لانه لو انقلب
نصيب المسلم منهما قيمة دون نصيب الاخر يتفرق البدل وبتفرق البدل يتفرق
العقد فيعتق باداء نصيبه وهذا اشكال هايل لانهما في استحقاق البدل عليهما
علي السوا دون ان يتوفر علي العقد ما هو المقصود من اشتراط الكفالة في الكتابة
بقدر الامكان بخلاف المشترين لانهما ليسا سوا في استحقاق البدل عليهما لان العمل
بالكفالة هناك ممكن ولا ضرورة الي اثبات التسوية بينهما بما ذكرنا من الطريق
فان اعتق المولي احدهما صح الاعتاق وبري عن نصيبه لان المال مقابل بهما فيما
وراء حكم التصحيح وللمولي ان ياخذ بنصيب الذي لم يعتقه ايهما شا فان اخذ
من المعتق رجع علي صاحبه وان اخذ من الاخر لم يرجع علي احد والمعنى فيه
ظاهر متفاوضان كفل احدهما عن رجل بما لزم صاحبه وهذا قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد لا يلزم صاحبه واختلف المشايخ ان الاختلاف فيما اذا
كانت الكفالة بامر لان الاختلاف ثابت سوا كانت بامر او لا بامر ذكر شمس الايمة
السرخسي في كتاب الاقرار من المبسوط في تعليل قولهما ان كلامهما فيما اذا كانت
الكفالة بامر لان الاختلاف ثابت سوا كانت بامر بغير امر اظهر وابين وذكر شمس الايمة
الحلواني في الجامع الصغير ان الاختلاف فيما اذا كانت الكفالة بامر وهكذا رايت في
عامة النسخ قال صاحب المحيط واجمعوا علي انه لو كفل بغير امر المكفول عنه لا يلزم
صاحبه ولو كفل احدهما بالنفس لا يلزم ذلك صاحبه بالاجماع ووجه قولهما ان ما
يلزم الكفيل يلزم بعقد البيوع لان الكفالة تبرع واصطناع بالمعروف بدليل انها لا تصح ممن
لا تصح منه التبرعات كالصبي والعبد الماذون لهما والمكاتب الا ترى ان المريض مرض الموت
اذا انشا الكفالة يعتبر من الثلث كما في ساير التبرعات ولابي حنيفة ان الكفالة تبرع
ابتدا معاوضة انتهي متي كانت بامر لان الكفيل يرجع علي المكفول عنه بما ادي ولهذا

قلنا ان المريض اذا اقر بالكفالة يعتبر من جميع المال لان الاقرار يلاقي البقا وهي في بقايها
معاوضة فكان هذا اقرارا بالمعاوضة فيعتبر من جميع المال اذا ثبت هذا فنقول
الكفالة انما تلزم صاحبه حالة البقا حكما للكفالة التي تنتظمها المعاوضة لان الكفيل
يتحملها علي الاصيل وذلك في حالة البقا يلزمه حكما للمعاوضة لا حكما للتبرع بخلاف اقرار
الماذون والمكاتب لان اقرارهما بالكفالة وانشاوهما اياها علي نمط واحد والله اعلم

باب كفالة العبد وعن العبد

رجل ادعي علي عبد لرجل دينا فكفل رجل
بنفس العبد ثم مات العبد بري الكفيل لان المكفول عنه وهو الاصيل بري عن ضمان
تسليم النفس فيبرا الكفيل لان براة الاصيل توجب براة الكفيل فان ادعي علي
ذي اليد رقبة العبد فكفل بنفس العبد رجل ثم مات العبد فاقام المدعي البينة
نعلي الكفيل قيمة العبد لان قيمة العبد وجب علي المكفول عنه لان بالبينة تبين
انه كان غاصبا للعبد فيجب ضمان القيمة خلفا عن العبد علي المكفول عنه فيجب
علي الكفيل لان الكفالة شرعت ضما للذمة الكفيل الي ذمة الاصيل بما كان
الاصيل مطالبا به هذا اذا اقامت البينة علي ذلك اما اذا اقر بذلك ذو اليد
وحلف فنكل وقد مات العبد في يد ذي اليد فقضي بقيمة العبد علي المدعي عليه
ولا يلزم الكفيل ما لزم الاصيل الا اذا اقر الكفيل بما اقر به الاصيل لان اقرار
الاصيل لا يعتبر حجة في حق الكفيل لما عرف ان الاقرار حجة قاصرة فيقتصر
علي المقر ولا يعدوه عبد كفل عن مولاه بامره او كفل المولي عنه بامره
ثم كان الادا بعد العتق لم يرجع المودي منهما علي المودي عنه بشي وقال
زفر يرجع لان الكفالة بالامر سبب للرجوع الا انه ترك العمل به حال كونه عبدا
لكونه عبدا فاذا اعتق زال المانع من عمل السبب فيثبت ولاية الرجوع عملا بالسبب
وانا نقول ان الكفالة وقعت لازمة زمان وجودها وما وقع لازما لا يكون
لبقايه حكم الابتدا وهذه الكفالة زمان وقوعها لم تنعقد موجبة للرجوع
لعقد المحلية لان المولي والعبد كل واحد منهما لا يستوجب علي صاحبه دينا
فلو ثبت الاستحباب انما تثبت حالة البقا ولا سبيل اليه اعتبارا بما لو كفل انسا
لانسان عن انسان دينا بغير امره حتي وقعت لازمة ثم ان المكفول عنه بلغه

المغير فاجاز لم يكن له ان يرجع علي المكفول عنه بما ادي لانها زمان وقوعها وقعت لازمة وقد
امتنع الاستيجاب اذ ذاك فيمتنع الاستيجاب زمان البقا علي تقدير الاجارة فكذلك
ههنا بل اولي لان الكفيل زمان الكفالة اهل لاستيجاب الدين علي المكفول عنه والمكفول
عنه محل للاستيجاب ولكن مع هذا امتنع الاستيجاب لانها زمان وقوعها وقعت لازمة
وما يكون لازما لا يكون لبقايه حكم الابتدا فيعتبر باعتباره ان شا في حالة البقا
فيمتنع بها الاستيجاب فكذلك ما نحن فيه

كتاب الحوالة

رجل احال رجلا
علي رجل بالف درهم فقال المحيل هو مالي وقال المحتال هو مالي فالقول قول المحيل ومعناه
ان المحيل قال للمحتال لا شي لك علي وانما انت وكيلي في قبض ما لي علي فلان وقال
المحتال لا بل هو ديني عليك احلتني به علي فلان ولك علي فلان مثله دين وانما كان
القول قول المحيل لان الفراغ اصل في الذمم والاعتاق فالمحيل متمسك بما هو الاصل
والمحتال يتمسك بما هو العارض فكان اعتبار ما هو الاصل اولي والحوالة قد
تستعمل في معني الوكالة لانها تنبي عن النقل والتحويل ومنه حوالة البادنجان
ومنه الاحول لتحول مقلته من موقها الي موق وفي الوكالة معني النقل والتحريك
يعضد ما قلنا ما قال محمد رحمه الله في كتاب المضاربة اذا صار مال المضاربة
ديونا علي الناس وامتنع المضارب عن التقاضي ولا ربح في مال المضاربة لا يجبر
المضارب علي التقاضي ولكن يقال للمضارب احل رب المال علي الغرما يعني وكله
فلا تقتضي الاحالة اعتبارا بالدين ولو اختلف المحيل والمحتال عليه بعد
ما ادي المحتال عليه فقال المحتال عليه للمحيل لم يكن لك علي شي ولي ان ارجع عليك بما
اديت وقال المحيل لا بل كان لي عليك دين ولم يكن لك ان ترجع علي بشي فالقول
قول المحتال عليه لما قلنا ان الفراغ اصل في الذمم والاعتاق رجل اودع رجلا
الف درهم ثم احال بها عليه اخر فهو جايز لان الادا مما هو حق المحيل ممكن ههنا
وفيما اذا كان المحتال به دينا لا يمكن الادا مما كان حقا للمحيل فاذا جازت
الحوالة في الدين ففي العين اجوز فان هلكت الوديعة بطلت الحوالة لان المحتال
عليه التزم الادا من محل بعينه فلا يلزم الادا من محل اخر وبه فارق ما اذا
باع شيا من انسان واحال غريما له علي المشتري بالثمن ثم هلك المبيع قبل

التسليم

التسليم او طعن المشتري فيه بعيب فرده بقضا لا تبطل الحوالة لانه ما التزم الادا
من محل بعينه وانما التزم الادا من مال نفسه وعلي اعتبار تلك الحوالة يلزمه
ما التزمه لا ما يلتزمه

كتاب الضمان

رجل باع لرجل ثوبا بامره
ثم ضمن الثمن عن المشتري للامر ورضي به الامر فالضمان باطل ولقب المسالة ان
الوكيل بالبيع اذا كفل بالثمن عن المشتري لا تصح الكفالة لان حق القبض للوكيل
بجهة الاصالة ولهذا لا تبطل بموت الموكل ولا بعزله ولهذا لو وكل الوكيل
الموكل بقبضه من المشتري ثم عزل الموكل صح عزله وهذا امارة اصالة الوكيل
في القبض فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه وانه لا يجوز بخلاف الوكيل في النكاح
اذا ضمن المهر حيث يصح لان الوكيل في باب النكاح سفير الا انه لا يلي قبض المهر فلا
يصير ضامنا لنفسه وكذلك المضارب اذا باع مال المضاربة وضمن بالثمن
لرب المال لا يجوز لما قلناه انفا. رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما
لصاحبه حصته من الثمن فالضمان باطل لان ما يستحق بنصيب احدهما فللاخر
ان يشاركه فيه اذا كان مالا بدليل ان احدهما لو اشتري بنصيبه منه
شيا كان للاخر ولاية المشاركة علي ما عرف فلو صح الضمان فما يوديه الضامن
يكون مشتركا بينه وبين المضمون له فكان له ان يرجع بنصفه علي الشريك
فاذا رجع بطل حكم الادا في مقدار ما وقع الرجوع فيه ويصير كانما ادي
الا الربع في فكان للضامن ان يرجع بنصف الباقي ثم وثم الي ان لا يبقي
شي فهذا معني قول مشايخنا رحمهم الله ان في تجويز هذا الضمان ابتدا
ابطاله انتها فقلنا ببطلانه ابتدا ولا معني لما قيل من تعليل هذه المسلة
لو صح الضمان اما ان يصح بنصف شايع او بنصف هو نصيب شريكه لان الضمان
مضاف الي نصيب شريكه فكيف يصح شايعا فلا معني لهذا الترديد وقوله لا وجه
الي الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض ولا معني لهذا ايضا لانعقاد
الاجماع علي ان احدهما لو اشتري نصيبه من الدين يجوز وليس فيه معني
قسمة الدين فكذا اذا ضمن احدهما نصيب شريكه ولكن التعويل علي ما ذكرنا. رجل ضمن
عن عبده بمال لا يوخذ به الا بعد العتاق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال

الضامن

ولفظ محمد رحمه الله في الكتاب العبد اذا استهلك مالا لا يواخذ به حتى يعتق بعضهم
قالوا المراد به اذا اقر بالاستهلاك وكذبه مولاه وبعضهم قالوا اراد به العبد المحجور عليه
البالغ اذا اودع مالا فاستهلكه لا يواخذ به للحال بل بعد العتاق عند ابي حنيفة
ومحمد وكذلك لو ارهنه انسان مالا فاستهلكه او باعه شيا فاستهلكه فانما صحت
الكفالة لقوله عليه السلام المنحة مردودة والزعيم غارم فان قيل ما الفرق بين هذا
وبينما اذا كفل بدين موجل فالدين يتاجل في حق الكفيل كما تاجل في حق الاصيل
لان الكفيل يتحملها على الاصيل فيجب ان يكون هاهنا كذلك لا يطالب الكفيل حتى
يطالب الاصيل قيل له في الفرق بينهما ان الدين اذا كان موجلا فالمطالبة متاخرة
بموخرتها دفه شرطا فيظهر تاخر المطالبة في حقها وفي ضمان المستهلك الموجب
للمطالبة قايم وهو الاستهلاك الا ان المستهلك وهو العبد لا يطالب به لعدمه
وعسرته وهذا لا يتحقق في حق الكفيل لوجده وميسرته وصار هذا كما
لو كفل بدين عن مفلس فلسه القاضي فان الاصيل لا يطالب به لافلاسه والكفيل
يطالب به لايساره • رجل ضمن عن اخر خراجه ونوايبه وقسمته فهو جايز
اما الخراج فلانه دين كساير الديون من حيث انه يطالب به من عليه وحبس
فيه كانه اراد به الخراج الموظف بخلاف الزكاة في الاموال الظاهرة حيث
لا يجوز الضمان بها لان الواجب جزء من النصاب وهو عين غير مضمون بدليل
انه لو هلك لا يضمن شيا والكفالة باعيان غير مضمونة باطلة فان قيل
ماذكرتم انما كان يستقيم في زكاة واجبة في نصيب قايم لا يستقيم في زكاة واجبة
في الذمة باستهلاك السوايم قيل له بعض مشايخنا قالوا في الفرق بين الخراج
والزكاة ان الزكاة ليست بدين لان الدين اسم لمال مملك والواجب زكاة فعل هو عبادة
والمال محل لاقامته كالحج ولهذا قلنا ان الزكاة لا تستوفي من التركة بخلاف الخراج
لانه يجب حقا للمقاتلة بدلا عن الذب عن حريم الدين والمحاماة على بيضة الاسلام
فكان بمنزلة الاجرة والكفالة بالاجرة صحيحة فكذلك بالخراج واما النوايب
فاختلف الناس في بيانها على اقوال منهم من قال هي اجرة البقار بين قوم واجرة
الحفار بين قوم واجرة الحارس بين قوم وهذه الاشيا مضمونة فيصح الضمان بها

ومنهم

ومنهم من قال هي ما ينوب الانسان بحق نحو ان يقضي القاضي على الشركا بكري نهر
مشترك شركة خاصة فامتنع واحد منهم من الكري وانفق ساير الشركا بامر القاضي
بغير حصة الابي دينا في ذمته فتصح الكفالة بها ومنهم من قال المراد بها الجعل
الذي يضربه الامام على الناس معونة للغزاة اذا خلا بيت المال عن المال والجعل
اذا كان يجب على المسلمين تعاونا على البر والتقوى فتصح الكفالة به واما النوايب
التي تنتاب الانسان بلا حق وهي الجبايات فلا يصح الضمان بها اذ الكفالة شرعت لالتزام
المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شي على الاصيل هاهنا شرعا وقال بعضهم الكفالة
بها صحيحة قال رضي الله عنه وكان والدي رحمه الله يقول المطالبة المتوجهة حسا
تنزل منزلة المطالبة المتوجهة شرعا ولهذا قلنا ان من قضى نايبة غيره بامره
رجع بها عليه وان لم يشترط الرجوع كما لو قضى دين غيره بامره واما قوله وقسمته
فقد ذكر عن ابي بكر بن ابي سعيد انه قال وقع هذا الحرف غلطا لانه لا معنى
له لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون وكان الفقيه
ابو جعفر رحمه الله يقول معناها اذا طلب احد الشريكين القسمة من صاحبه وامتنع
الاخر عن ذلك ضمن الضامن بها لان القسمة واجبة عليه وقال بعضهم معناها
اذا اقتسما ثم منع احد الشريكين قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمه
بسكون السين وقيل يحتمل ان يكون المراد بها ما وظف عليه من النوايب
الرواتب وهي المقاطعات الديوانية في كل شهر او ثلاثة اشهر • رجل قال لاخر
لك علي ماية درهم الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المقر له عندنا
فرق بين هذا وبين اقراره بالكفالة بالمال الى اجل حيث يكون القول قول
الكفيل وعند ان فعي في الفصلين جميعا فالقول قول المقر لانه لم يلتزم
صفة الحلول فلا يلزمه اعتبارا بالكفالة والفرق لاصحابنا رحمهم الله من
وجهين احدهما ان الحلول في الدين المطلق اذ العاقل على ما عليه العادة لا
يرضى بزوال ملكه ناجزا الا ببدل يحصل اليه ناجزا واذا كانت الاجال من العوارض
فيجب اعتبار قول من ينكر العوارض بخلاف الكفالة لان الاجل فيها ثبت من
غير شرط كما لو كفل بدين اجل والثاني ان الاجل في الدين حق المقر ولا يثبت هذا

الا اناجيل من جهة المقر له فكان المقر مدعيا حقا لنفسه على المقر له وهو ينكر بخلاف
الكفالة من غير شرط بشرط فيها وهو معني ما قال في الكتاب الاجل في الكفالة
نوع والاشكال على هذا ان يقال ان الكفالة التزام للمطالبة دون المال عندنا
ولهذا لو ابرأ الطالب عن الكفالة فرده لا يرتد لانه اسقاط وليس فيه معني
التمليك ولو كانت التزاما للمال لارتد الابرا برد الكفيل كما في الابرا عن الدين
فاذا لم تكن الكفالة التزاما للمال كله وليست التزاما للمطالبة فيما نحن فيه
تعطلت الكفالة عن موجبها وهو الالتزام فيبطل والجواب عن هذا ان يقال
ان الكفالة التزام للمطالبة اما في الحال او في المستقبل من الزمان فكانت
صحيحة رجل اشتري جارية وكفل له رجل بالدرك واستحقت الجارية لم يأخذ
الكفيل حتي يقضي به على البايع لان الكفالة بالدرك كفالة بالثمن والثمن لا
يجب على البايع بالقضا بالاستحقاق لانه لا يجب على البايع قبل انفساخ
البيع لان بدل المستحق مملوك وبالقضا لا ينفسخ البيع لان الاستحقاق لا ينافي
ابتدا البيع فلا ينافي البقا بطريق الاولي وقد عرف تمامه في الزيادات
رجل اشتري عبدا فضمن له رجل بالعهدة فضمانه باطل وههنا ثلاثة فصول العهدة
والدرك والخلاص اما ضمان الدرك فقد ذكرناه واما ضمان الخلاص فجايز عند ابي
يوسف ومحمد لان ضمان الخلاص عندهما مفسر بضمان الثمن على تقدير العجز عن تسليم
العين بورود الاستحقاق وهذا والدرك سوا ويفسر ضمان الخلاص عند ابي
حنيفة تخليص المبيع عن المستحق وتسليمه الي المشتري وانه باطل لان ضمن ما
لا يقدر على الوفا به واما ضمان العهدة فقد ذكر ههنا انه باطل ولم يحك خلافا
وذكر بعض مشايخنا ان عند ابي حنيفة ضمان العهدة ضمان الصك القديم الذي
يكون عند البايع وانه باطل لانه يلتزم ما لا يقدر على الوفا به وعندهما ضمان العهدة
ضمان الدرك وقيل في تعليل قول ابي حنيفة ان العهدة لفظة مشتبه معناها
لان العقد يسمي عهدة لانها اخذت من العهد والعقد والعهد سوا فكانت العهدة
من العهد بمنزلة العقدة من العقد [illegible] يسمي عهدة لانه وثيقة بمنزلة
كتاب العهد والحقوق التي يرجع اليه يسمي عهدة لانها من ثمرات العهد وقد تطلق

علي



علي خيار الشرط كما جا في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة ايام اي خيار الشرط فيهم واذا كان كذلك
بطل العمل بها قبل البيان غير انهما يقولان يجب صرفها الي ما يصح الضمان به وهو الدرك
تصحيحا للضمان وابو حنيفة رحمه الله يقول فراغ الذمة اصل فلا يثبت الشغل بالشك
والاحتمال مسلم كسر لمسلم بربطا او طبلا او مزمارا يضمن عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن
وجه قولهما ان فعل الاتلاف ههنا اقامة للحسبة فلا يتعلق به الضمان كالتعزير لان
هذه الملاهي اعتدت للتلهي والمعاصي حتي صارت لا تستعمل الا لذلك واذا كان كذلك جعل
غيره عدما الا تري ان العبد اذا ارتد عن الاسلام والعياذ بالله تبطل المالية حتي لا يضمن
بالاتلاف لا قضا الارتداد الي الفساد واقرب من هذا الامة اذا ارتدت فقتلها انسان لا
يضمن لكفرها والمسلة في السير الصغير وجه قول ابي حنيفة ان الاتلاف صادف مالا
متقوما فوجب به الضمان كما لو قتل جارية مغنية او حمامة طيارة او كبشا نطاحا او
ديكا مقاتلا وبيان ذلك ان هذه الاشيا غير محرمة لانها خشب او جلد تصلح للانتفاع
وتحل الانتفاع بها اذا لم يكن تلهيا فصار كالامة المغنية اذا اتلفها انسان يضمن قيمتها
من حيث هي منتفع بها والا للتلهي بخلاف الخمر لانها محرمة الانتفاع من جميع الوجوه
واذا اهراق لمسلم او المنصف او السكر او الباذق فهو ضامن وبيعه جايز وقال
ابو يوسف ومحمد لا يضمن ولا يجوز بيعه والمنصف اسم لما طبخ فذهب بالطبخ نصفه
والسكر هو النيء من ما الرطب والباذق ما طبخ من العصير ادني طبخة وجه قولهما
ما روي عن النبي عليه السلام انه قال لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فحملوها وباعوها
وان الله تعالي اذا حرم شيا حرم بيعه واكل ثمنه فالحديث اوجب تحريم البيع عند
تحريم الاكل والشرب فكان التحريم جهة في اسقاط التقوم والمالية كما في الخمر ولابي
حنيفة ان حرمة المنصف عرفت بالراي والاجتهاد وباحاد الاخبار دون النص
والمتواتر ولهذا لا يكفر مستحله فتقاصرت حرمته عن حرمة الخمر فلاجل حرمته لا يحل شربه
ولقصور حرمته يجوز بيعه ويضمن متلفه لانه كان مالا فلا تبطل ماليته وذكر
شمس الايمة السرخسي انه يضمن القيمة دون المثل لانه يقبح ان يقضي القاضي
بالمسكر **كتاب الغصب** رجل اودع رجلا الف درهم فخلطها المودع
بالف درهم له اخري صارت الوديعة دينا علي المودع وليس لصاحب الوديعة

عليها سبيل وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد شركة صاحب الوديعة في ذلك المال
ان شا وعلي هذا الاختلاف اذا كانت الوديعة كر حنطة فخلطه بكر حنطة لنفسه واعلم بان
مسايل الخلط تنقسم الي قسمين خلط لا يتاتي معه التمييز كخلط الحنطة بالحنطة
والشعير بالشعير واللبن باللبن وفي هذه الصورة المخلوط يصير ملكا للخالط عند ابي حنيفة
وينقرر حق صاحبه في مثله وعندهما لا ينقطع حق مالكه عن المخلوط وذكر البزدوي
في شرحه في الدراهم هذا اذا اختلطت من غير اذابة فاما اذا اذابها فقد روي عن ابي
يوسف انه جعل الاقل تابعا للاكثر وقال محمد يشركه بكل حال لان خلط الجنس بالجنس
يوجب الكثرة عند محمد وعند ابي يوسف يصير الاقل به مستهلكا بالاكثر وكذلك
كل مايع خلط بجنسه مثل خلط الدهن بالدهن من جنسه عند ابي حنيفة ينقطع
حق المالك وعند ابي يوسف يعتبر الاكثر فان استويا وجبت الشركة وعند محمد وجبت
الشركة بكل حال وان خلط مايع بمايع من جنسه كدهن الخل بالزيت فالحق ينقطع بالاجماع
فكان ابو يوسف في خلط المايع بالمايع عند اتحاد الجنس اعتبر الشيوع والتداخل في
المايعات مع بقا الخاصية لان معني الشيوع والتداخل في المايعات اكثر غير ان الخاصية
تبطل بالخلط عند اختلاف الجنس فيتحقق معني الاستهلاك فيوجب انقطاع حق
المالك واعتبر الكثرة عند اتحاد الجنس في ايجابها انقطاع حق صاحب الاقل لما لها من
التاثير في ذلك كدرة تبتلعها دجاجة تجعل اقلها مالية هالكة باكثرها مالية حتي يصير
الاقل ملكا لصاحب الاكثر وجه قولهما ان طريق الوصول الي عين المال قايم مقام
ضرب من التعذر فوجب التخيير كما قيل في خلط حنطة ليست فيها حبات الشعير
بالشعير انه لا ينقطع الحق لكن يوجب الخيار كذا ذكر في كتاب الغصب والوديعة بيانه
ان القسمة فيما يكال او يوزن تمييز وتعيين بالاجماع حتي كان لكل واحد منهما ان ياخذ
مقدار نصيبه من غير قضا ولا رضا وحتي قلنا ان للمشتريين المكيل والموزون اذا اقتسماه
باع كل واحد منهما نصيبه بنصف الثمن مرابحة من غير بيان وانما خيرناه لان القسمة وان
كانت تمييزا وتعيينا ولكن فيها ضرب من الغرر نظرا الي احتمال التفاوت فيصير الي التخيير كما صير
اليه في الشعير لما فيه من عسر التمييز وتاهر الوصول الي عين ماله فصرنا الي هذا انه هذا الباب
العدوان وابو حنيفة يقول ان هذا الخلط استهلاك حقيقة لانه اعجاز للمالك عن

الوصول

الوصول الي عين ماله ولهذا كان له ولاية التضمين والقسمة لا توصل الي حقه حقيقة لان
كل حبة يشار اليها ليست مشتركة بينهما لانها بجميع اجزايها تكون لاحدهما لا محالة بخلاف
ما اذا كانت مشتركة بينهما من الابتدا ولهذا قيل الحنطة اذا كانت مشتركة بين اثنين
باع احدهما نصيبه منها يجوز ولو كانت الشركة بالاختلاط لا يجوز لانه لبس يقدر علي تسليم
نصيبه منها جزا وكلا لامتناع الشركة في كل حبة يشار اليها فان قيل لا كذلك فان الشركة
لو كانت بالاختلاط بتقاسمانها بينهما والقسمة هنالك وقعت ذريعة الي وصول كل
واحد منهما الي نصيبه وان لم تكن كل حبة يشار اليها مشتركة بينهما قيل له انما صير
اليها فيما ذكر من الصورة ضرورة امتناع التضمين وفيما نحن فيه التضمين ممكن
او نقول القسمة حكم ينبني علي الشركة فلا تكون علة للشركة لان حكم العلة لا تكون علة
للعلة قال شمس الايمة السرخسي وهذا الاختلاف في ثبوت الملك للخالط لا في انقطاع
حق المالك فحق المالك لا ينقطع بالاتفاق ما لم يصل الي المالك بدل ملكه حتي لا يباح للمالك
الانتفاع به قبل ادا الضمان بالاجماع وقسم اخر ينقسم الي قسمين قسم يتاتي معه
التمييز لكن بضرب عسر ومشقة كخلط الحنطة بالشعير والجواب فيه كالجواب
فيما قلنا الحاقا للمتعذر بالممتنع كذا ذكره شمس الايمة هذا رحمه الله وفي هذا
التعليل اشارة الي ان الحنطة اذا اختلطت بالشعير يصير ملكا للخالط وان لم
يكن فيها حبات الشعير علي قول ابي حنيفة ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر
زاده في هذا اختلاف المشايخ بعضهم قالوا كما قاله شمس الايمة هذا وبعضهم
قالوا قول ابي حنيفة مثل قولهما وذكر في بعض الروايات ان في هذه الصورة
يصير المخلوط ملكا للخالط بلا خلاف لانه يتعذر عليه الوصول الي عين حقه حقيقة
لان الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير وكذلك الشعير والقسمة في مختلفي الجنس
لا يكون تمييزا وتعيينا وقسم اخر خلطا يتاتي معه تيسر التمييز كخلط السود بالبيض
وهي لا تصير ملكا للخالط بالاجماع لان ما هو الحق يمكن ايصاله الي صاحبه بلا عسر
ولا مشقة رجل في يديه صبي يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله ومعني
قولنا يعبر عن نفسه انه يعقل فيجري ما يجري علي لسانه فاذا كان بهذه
المثابة كان في يد نفسه لان الاصل ان يكون لكل انسان يد علي نفسه

ابانة لمعنى الكرامة لان كونه في يد غيره مظنة صغاره وهوانه الا انا تركنا العمل به اذا
لم يكن له اهتدا الى المصالح والمفاسد فاذا كان له ذلك وجب ان يكون له يد على نفسه
عملا بما ذكرنا فاذا كان في يد نفسه لا يكون في يد غيره لما بين اليدين من التنافي فان
قيل لا كذلك فان محمدا رحمه الله قال صبي في يد رجل قيل له اراد به صورة اليد من
حيث انه ياوي اليه منزله وهو يعوله وينفق عليه ولهذا لا تثبت اليد حقيقة وان
كان لا يعبر عن نفسه لا يكون في يد نفسه فيكون في يد من يعوله فيكون ملكا
له بدعواه فرق بين هذا وبينما اذا كان لقيطا لا يعبر عن نفسه فادعى الذي في يده
انه عبده لا يصدق وههنا قال يصدق والفرق ان صاحب اليد انما يصدق في دعوى
الرق باعتبار يده ويد الملتقط على اللقيط ثابتة من وجه دون وجه لانها ثابتة
حقيقة وليست بثابتة حكما لان الملتقط امين في اللقيط ويد الامين في الحكم
يد غيره فاذا كانت ثابتة من وجه دون وجه صحت الدعوى من وجه دون وجه فلا تصح
الدعوى مع الشك ومتى لم يعرف انه لقيط فيد ذي اليد عليه ثابتة من كل وجه لانها
ثابتة حقيقة وحكما لان يده عليه ليست يد غيره فتصح الدعوى فان قيل وجب ان
لا يصدق في دعوى الرق لان الحرية ثابتة بالاصل لان الناس باسرهم احرار
في الاصل لانهم اولاد ادم وحوى صلوات الله عليهما وهما كانا حرين فكان ما يدعيه من
الرق امرا عارضا فلا يقبل قوله الا بحجة قيل له ما هو الاصل اذا اعترض عليه ما يدل
على خلافه يبطل ذلك الاصل واليد على من هذا شانه دليل على خلاف ذلك لانها دليل
الملك فيبطل بها ذلك الاصل واذا كان الصغير يعبر عن نفسه وادعى انه حر حتى كان
القول قوله اقام المدعي بينة انه عبده والغلام اقام بينة انه حر الاصل فبينة الغلام
اولى لان بينة الحرية اكثر اثباتا اذ يتعلق بالحرية احكام متعدية الى الناس
كافة فان كان الغلام الذي يعبر عن نفسه قال انا عبد فلان والذي هو في يديه
يدعي انه عبده فهو حر للذي هو في يديه لانه سقط اعتبار يده باقراره بالرق
فكان القول قول صاحب اليد فان قيل كيف يصح اقرار الصغير بالرق لغيره
والرق من المضار والصغير يقرب من المحاسن والمنافع ويبعد من الضاير والمضار
الا ترى انه لو اقر الصغير بالدين على نفسه لا يصح وكذلك اذا طلق امراته او اعتق عبده

مطلب احوال الصبي المميز بنفسه

قيل

قيل له الاقرار بالرق مما في مقدور المقر التدارك والتلافي لان التناقض في دعوى الحرية
لا يمنع صحة الدعوى بخلاف الاقرار بالدين لانه ليس في مقدور المقر التدارك والتلافي لما
ان التناقض فيه يمنع صحة الدعوى وهكذا نقول في الطلاق والعتاق • حايط لرجل لاحدهما عليه
جذوع او متصل ببنايه وللاخر عليه هرادي تنازعا في الحايط كل واحد يدعي ان الحايط له فالحايط
لصاحب الجذوع لان صاحب الجذوع صاحب الاستعمال وصاحب الهرادي ليس كذلك وانما
قلنا ذلك لان اتخاذ الحايط للتسقيف وذلك بالجذوع يكون والحايط لا تتخذ للهرادي
لان الهرادي انما تتخذ للاستظلال والحايط لا تتخذ للاستظلال وفيه لغتان الهاء والحاء
حردي او بالهاء وان كان لاحدهما عليه هرادي وليس للاخر شي فالحايط بينهما وفي الكتاب
اشارة الى ذلك لانه مال والهرادي ليست بشي حتى قال بعض مشايخنا رحمهم الله الهرادي
بمنزلة المخلاه على راس الدابة وبها لا يستحق شي وان كان لاحدهما عليه جذع واحد وللاخر
هرادي قالوا لا يقضى لصاحب الجذع الواحد لان اتخاذ الحايط لجذع واحد لا يكون
كما لا يكون للهرادي وقال بعضهم يقضى به لصاحب الجذع وهكذا عن محمد ولو لم يكن
لكل واحد منهما على الحايط شي وهو غير متصل ببنا احدهما يقضى بالحايط بينهما معناه
اذا عرف انه في ايديهما وان لم يعرف ذلك وادعى كل واحد منهما الملك واليد يجعل
في ايديهما لانه لا منازع لهما فيه ولو لاحدهما عليه عشر خشبات وللاخر ثلاث
فصاعدا قضي به بينهما وعن ابي حنيفة انه رجع عن ظاهر الرواية وقال يقضى بالحايط
لصاحب العشر ولو كان لاحدهما عشر خشبات او اقل الى الثلاث وللاخر خشبة واحدة
يقضى به بينهما قياسا وفي الاستحسان لا يقضى به بينهما لكن ذكر في الاقرار انه يقضى به
لصاحب العشر ولا يومر الاخر برفع جذعه وذكر في كتاب الدعوى انه يقضى لكل واحد
بما تحت خشبته وعن ابي يوسف انه يقضى به بينهما على احد عشر سهما على عدد الجذوع
ولو كان لاحدهما عليه عشر وللاخر عليه خشبتان فعند بعض المشايخ رحمهم الله المثنى
بمنزلة الثلاث وعند بعضهم بمنزلة الواحد اما اذا كان الحايط المتنازع فيه متصلا
بحايط احدهما ولا شي للاخر او كان للاخر عليه هرادي فانه يقضى لصاحب الاتصال
والاتصال ضربان اتصال تربيع واتصال ملازقة وفي الاتصال التربيع قولان
احدهما ان يكون انصاف لبنات الحايط المتنازع فيه متداخلة في انصاف لبنات

مطلب تنازع اثنان في الحايط

الحايط الذي لا نزاع فيه وان كان الحايط من خشب فان يكون ساجة احدهما مركبة في
الاخري وهذا ظاهر الرواية والقول الثاني ان يكون له مع هذا انصاف لبنات الحايطين
المتطرفين للحايط المتنازع فيه متداخلة في انصاف لبنات الحايط المقابل للحايط المتنازع
فيه حتي يصير الحيطان الاربعة كالقبة واتصال الملازقة ظاهر وهو ان يكون حايط
لاحدهما لزيق الحايط المتنازع فيه وان كان لاحدهما عليه جذوع وللاخر اتصال ان كان
اتصال ملازقة فصاحب الجذوع اولي وان كان اتصال تربيع فان كان الاتصال في طرفي
الحايط المتنازع فيه فصاحب الاتصال اولي وعلي هذا عامة المشايخ وهكذا عن
ابي يوسف الا انه لا يومر برفع الجذوع بخلاف ما لو اقام صاحب التربيع البينة ان
الحايط له فانه يومر برفع الجذوع وان كان الاتصال من احد الطرفين ذكر شيخ
الاسلام المعروف بخواهر زاده ان صاحب الاتصال اولي وهكذا ذكر الطحاوي وبه
كان يفتي بعض المشايخ وذكر الكرخي ان صاحب الجذوع اولي وبه كان يفتي شمس الايمة
السرخسي • نهر لرجل الي جنبها مسناه وارض لرجل خلف المسناه ملزقها وليست المسناة في الهامش: مطلب [illegible] الائمة
في يد واحد منهما يريد به انه لم يكن لصاحب الارض عليها غرس ولا لصاحب النهر عليها
تراب ملقي فهو لصاحب الارض عند ابي حنيفة ولا يرفعها حتي يسيل الماء وعندهما
هي لصاحب النهر وثمرة الخلاف تظهر في شيئين احدهما في ثبوت ولاية الغرس
علي المسناه عند ابي حنيفة الولاية لصاحب الارض وعندهما لصاحب النهر والثاني
اذا كان علي المسناة اشجار ولا يدري من استنبتها عند ابي حنيفة الاشجار لصاحب
الارض وعندهما لصاحب النهر وهل لصاحب الارض منع صاحب النهر من المرور
علي المسناه عند ابي حنيفة قال بعضهم له ذلك وقال بعضهم ليس له ذلك اذا لم يكن
فيه ضرر بين ثم ان ابا حنيفة قال يمنع صاحب الارض من حفر المسناه لان لا يفيض
ما النهر تحرزا عن الاضرار لصاحب النهر وقال اذا احفر الرجل في دار بيرا وهي بحايط
بدار جاره فانه لا يمنع من ذلك وفي الموضعين جميعا انه متصرف في خالص ملكه والفرق
ان حفر المسناة ليس بانتفاع يليق بالمسناة والحفر في الدار انتفاع يليق بالدار والمالك
لا يمنع من الانتفاع بملكه انتفاعا يليق به ويمنع من انتفاع لا يليق به اصلاً
اذا اسقا ارضه سقيا معتادا وجه قولهما ان الظاهر شاهر لصاحب النهر فان له عليه يد

الاستعمال

الاستعمال من حيث انها مطرح لما يحفر من تراب النهر وطينه الا ترى ان صاحب الارض
اذا اراد ان يمنعه من ذلك لا يكون له ذلك والقول قول من يشهد له الظاهر وجه
قول ابي حنيفة ان الظاهر في جانب صاحب الارض اقوي لان المسناه تصلح للزراعة
والغرس كما تصلح الارض لها بخلاف النهر فكان القضا لصاحب الارض اولي كما قيل في
المستاجر ورب الدار اذا اختلفا في لوح موضوع في الدار واللوح علي صفة الالواح التي
وقع بها تسقيف الدار فانه يقضي به لصاحب الدار ويقول يد صاحب الارض الي هذا
الموضع اسبق لان هذا الموضع كان ارضا في الارض انما صار نهرا بتصرف عارض فكان
القضا لصاحب الارض اولي كما قلناه الفا في حايط تنازع فيه اثنان ولاحدهما بيت
من وقت البنا ويد صاحب الجذوع تثبت بعد البنا واختلف المشايخ علي قول ابي
حنيفة ان صاحب الارض هل له ان يمنع صاحب النهر من القا التراب عليها والصحيح
انه لا يمنع لان استحقاق ثبت بضرب من الظاهر وبه لا يثبت ولاية للمنع كما قلنا في
الحايط اذا قضي به لصاحب التربيع وللاخر عليه جذوع لا يومر صاحب الجذوع
برفع الجذوع ومن المشايخ من قال هذه المسلة بناء علي مسلة اخري وهي ان الرجل
اذا احفر نهرا هل يستحق لنهره حريما عند ابي حنيفة لا يستحقه وعندهما يستحقه
واذا كان يستحق الحريم عندهما كانت المسناة في يد صاحب النهر تبعا للنهر فيقضي
به له بحكم اليد واذا كان لا يستحق الحريم علي قول ابي حنيفة لم تكن المسناه في يد
صاحب النهر وهي ايضا ليست في يد صاحب الارض لان الارض لا حريم لها بلا خلاف
الا ان المسناة اشبه بالارض الي اخر ما قلنا ولبعض مشايخنا قالوا هذا الخلاف
فيما اذا كان الارض والنهر مستويين اما اذا كان النهر في صعود والارض في هبوط
كانت المسناه لصاحب النهر لحاجة صاحب النهر اليها وان كان علي عكس هذا كانت
المسناه لصاحب الارض دار عشرة ابيات منها في يد رجل وبيت منها في يد اخر
فالساحة بينهما نصفان لانه سوي في استعمال الساحة لان استعمال الساحة
بالمرور وهما في حق المرور سوا ولعل مرور صاحب القليل اكثر من مرور صاحب الكثير
لزمانة صاحب الكثير وكون صاحب القليل ولاجا خراجا بالامور علي انا نقول
الترجيح لا يقع بكثرة ما هو من جنس العلة وصار هذا كالطريق يستوي فيه صاحب